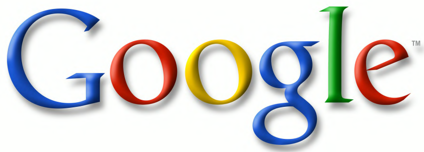








ITALY

Altre Opere dell'Avv. P. MELUCCI

EDITE DALL'UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

Trattato della Separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede secondo il Codice civile italiano, col confronto del diritto romano, del Codice Napoleone, della giurisprudenza francese ed italiana. Torino 1878. Un volume, **L. 6.**

Obbietto e fondamento della separazione dei patrimoni e suoi caratteri generali — Su quali beni ha luogo la separazione — Della procedura della separazione dei patrimoni — Della natura e del carattere legale del diritto di separazione — Esplicamento e giustificazione della teorica del vero privilegio e della vera ipoteca del beneficio di separazione — Rassegna e critica dei varii sistemi di separazione, degli effetti della separazione dei patrimoni.

Trattato teorico-pratico delle Collazioni ed Imputazioni secondo il Codice civile italiano. Torino 1880. Due volumi in-8°, **L. 13,50.**

I. Della dispensa di collazione — Delle persone fra le quali ha luogo la collazione — Delle cose che formano obbietto della collazione — Dei modi coi quali si esegue la collazione e dei suoi effetti. — II. Delle imputazioni sulla legittima dei riservatari — Delle imputazioni sulla disponibile del *de cujus*.

—

Delle Obbligazioni solidali secondo il Diritto italiano moderno, preceduto da un'introduzione sul Metodo e sullo Studio del Diritto civile. Un volume, **L. 8.**

Metodo e questioni di diritto civile.

PREFAZIONE. — La letteratura nel diritto civile moderno — Il metodo sistematico — Uso ed ufficio del diritto romano nello studio e nella pratica del diritto civile vigente — Il *Corpus juris* ed i Codici civili moderni — L'insegnamento universitario del diritto civile — La letteratura scolastica del diritto civile — La Giurisprudenza civile ed i monitori forensi — Conclusione — Note.

—

La teoria delle obbligazioni solidali nel diritto civile italiano.

Nozioni e regole generali comuni alla solidità attiva o passiva. — *Solidità convenzionale.* — Effetti della solidità nel rapporto dei debitori coi creditori; dei debitori fra loro.

Solidità legale. — Carattere giuridico della solidità legale nel sistema della Codificazione francese ed italiana — Effetti della solidità nel rapporto dei creditori col debitore; dei creditori fra loro.

IL

SISTEMA IPOTECARIO

NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

IL SISTEMA IPOTECARIO

NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

CORSO DI LEZIONI UNIVERSITARIE

DELL'AVVOCATO

PASQUALE MELUCCI

Professore ordinario di Diritto Civile nella R. Università di Modena
già Professore ordinario
della stessa materia nella R. Università di Padova.



TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
1893

P. Melucci

AVVERTIMENTO DELL'AUTORE

Pubblicando per le stampe queste nostre Lezioni universitarie sul **Diritto delle Ipoteche**, non altra modificazione abbiamo creduto opportuno introdurvi, se non, or qua, or là, una più copiosa applicazione dei *Principii*, ed un più largo sviluppo delle *Questioni;* nello intento di rendere, così, il nostro lavoro utile ad un maggior numero di studiosi e di cultori della scienza del Diritto Civile. Ad ogni modo, il lettore abbia presente cotesta indole del libro, perchè non gli attribuisca altri difetti, che certamente gli sarebbero imputabili, se d'indole diversa.

Parte Prima

DEL DIRITTO D'IPOTECA

NELLA SUA INTRINSECA NATURA GIURIDICA E NEL SUO TITOLO COSTITUTIVO

Lezione Prima

Sommario: Introduzione allo studio delle ipoteche. — Caratteri generali della ipoteca: sua natura di *diritto di garentia*, e perciò di *diritto accessorio; indivisibilità; realità; pubblicità; specialità.*

1. È principio fondamentale del diritto delle obbligazioni: che tutti i beni mobili ed immobili, presenti e futuri, del debitore, costituiscono la garentia comune dei suoi creditori; i quali vi hanno tutti eguale diritto pel soddisfacimento delle loro ragioni, indipendentemente dalla data rispettiva dei loro titoli, sino a quando fra di essi non si producano speciali cause legittime di preferenza (art. 1948-1949 Cod. civ.).

Come regola generale dunque, non solo i diversi creditori debbono ripartirsi fra loro, per contributo proporzionale, il prezzo dei beni espropriati del debitore, tutti avendovi eguale diritto; ma cotesto loro diritto non possono farlo valere, che sui beni esistenti nel patrimonio del debitore al momento in cui se ne arresti nelle sue mani la libera disposizione, quantunque altri beni, usciti poi dal suddetto patrimonio, vi si trovassero nel tempo dell'assunta obbligazione. Perocchè, se la legge stabilisce la generale garentia dei creditori sui beni *presenti* e *futuri*, cioè anche su quelli che entrano nel patrimonio del debitore posteriormente all'assunzione dell'obbligazione, e che ci permangono; non la può certo estendere ai beni *passati;* a quelli, val dire, che ne sono usciti prima o dopo di cotesta assunzione della obbligazione, e che quindi non sono più beni *presenti* al tempo della espropriazione, cui si riferisce il legislatore nell'indicare la generica comune garentia dei creditori, secondo gli art. 1948 e 1949. La insufficienza ed incertezza pratica della quale perciò sono evidenti; in quanto che, da una parte, mercè le alienazioni dei beni, il debitore può sottrarre affatto ai suoi creditori la

suddetta garentia; e d'altra parte, mercè nuove obbligazioni, può stabilire sopra questi beni, a danno dei precedenti creditori, il disastroso concorso di altri creditori, aventi tutti un egual diritto.

Ora, appunto a rendere più solida e sicura la condizione di certi creditori contro le suindicate eventualità, vuoi in premio della loro personale diligenza, con la quale provvedono alla costituzione dei loro diritti; vuoi a giusta legale protezione di talune specie di crediti e di talune classi di persone; il legislatore ha organizzato dei congrui eccezionali istituti, conciliando così i varii e multiformi interessi del credito e della pubblica economia.

Onde, da un lato, fra i diversi creditori di un comune debitore la legge riconosce, contro il principio e la regola del concorso proporzionale, delle speciali cause di preferenza (articolo 1949); e dall'altro lato, loro accorda diritti di tal natura da assicurare il rimborso dei loro crediti eziandio di fronte ai terzi, contro il principio e la regola della imperseguibilità dei beni del debitore usciti dal suo patrimonio anteriormente alla espropriazione, siccome verremo dimostrando.

Gli istituti che rispondono a coteste finalità sono: il *privilegio*, propriamente detto; la *ipoteca;* il *pegno*, espresso o tacito; ed il *diritto* in generale *di ritenzione*, nei casi nei quali la legge espressamente lo riconosce. I quali istituti però, pure tutti entrando nel concetto di *garentie speciali e particolari* del credito, sono forniti di maggiore o minore efficacia ed estensione di contenuto; fra l'altro, gli uni avendo un carattere di *realità* che manca agli altri, o talvolta possedendolo in una limitata e circoscritta misura, e con modalità e condizioni di esistenza sempre varie, secondo la natura del credito, la qualità del creditore, e la specie dell'oggetto il quale fornisce la garentia. Ciò che appunto rende possibile e comoda la distinta trattazione di siffatti istituti, e specialmente della ipoteca, di cui noi ora vogliamo esclusivamente occuparci; come quella che, oltre ad un più largo ed importante uso dell'ufficio di *garentia* che presta al credito, ha una così particolare organizzazione legale di vita e di funzione nel nostro diritto civile, che ne resta giustificato lo studio separatamente anche da quello dei *privilegi* in senso stretto, insieme ai quali gli scrittori sogliono esporla nei loro trattati.

2. Lo scopo dell'ipoteca è già stato sufficientemente dichiarato nelle premesse considerazioni; consiste, cioè, nell'assicurazione di un credito contro gli eventuali futuri pericoli della insolvibilità totale o parziale del debitore. Difatti, la legge, dopo aver genericamente qualificato la ipoteca una *causa di prelazione* (art. 1950), in più special modo così la definisce: « un diritto reale costituito sopra beni del debitore o di un terzo a vantaggio di un creditore, per assicurare sopra i medesimi il soddisfacimento di una obbligazione » (art. 1964).

Notisi intanto che l'attributo di *diritto reale* dato all'ipoteca dall'articolo 1964 non assorbe già, nella purità dei principii, la sua qualità di *causa di prelazione* indicata dall'art. 1950. Perocchè noi vedremo che la realità del diritto d'ipoteca non esplica la sua efficacia, se non di fronte ai terzi possessori dell'immobile ipotecato; mentre nei rapporti dei varii creditori del comune debitore fra di loro, anche ipotecarii, la garentia competente a ciascuno di essi è fornita da un criterio di preferenza, che la legge fonda sulla priorità di origine e di conservazione del titolo ipotecario; criterio che, in sè medesimo considerato, non ha alcun legame di dipendenza o di connessione col concetto della realità del diritto. Non diversamente che fra più creditori privilegiati la legge accorda la preferenza agli uni sugli altri, sulla base della intrinseca qualità economica e sociale del credito; così tra creditori ipotecarii e chirografarii dà la preferenza agli uni sugli altri, pel solo fatto che quelli hanno saputo provvedere ai loro interessi con maggior diligenza, o anche sulla base di un maggior favore che meritano talune classi di persone per certe specie di crediti nei casi d'ipoteca legale; e così tra diversi creditori ipotecarii di un comun debitore la legge accorda all'uno la preferenza sull'altro, pel solo fatto della precedenza del titolo che quegli ha saputo assicurarsi sul secondo. Ed è chiaro che in tutto questo, non solo non è necessario, ma è affatto estraneo il concetto della personalità o realità del diritto d'ipoteca. La quale realità, invece, l'è essenziale nello esplicamento della sua funzione contro il terzo possessore dell'immobile ipotecato; solo il diritto reale potendo accordare alla persona sulla cosa una potestà, che la autorizzi a farvi

valere le sue pretese contro chiunque la possegga; fosse pure il possessore una persona completamente estranea a quella, per opera della quale la suddetta pretesa si costituiva e si originava.

Epperò, avuto riguardo a cotesta limitazione della realità del diritto d'ipoteca, ed alla circostanza che anche in cosiffatta sfera d'azione essa è meglio illustrata da altri generali caratteri dello istituto, noi rimandiamo più giù la esplicazione di quell' attributo, che l'art. 1964 nelle sue prime parole riconosce all'ipoteca.

3. Il più generale carattere del diritto d'ipoteca è quello di *garentia di un credito;* d'onde poi l' altro di *diritto accessorio*, la garentia supponendo sempre un diritto garentito. E di qui l'analogia, dal punto di vista dell'ufficio della garentia di un credito, fra l'ipoteca e la fideiussione. Analogia di cui man mano verremo all'occasione determinando la misura e le conseguenze; e che razionalmente giustifica la costituzione della ipoteca, non solo da parte del debitore sopra i proprii beni, ma anche da parte di un terzo, che assoggetti a quel vincolo i suoi beni per la garentia di un'obbligazione altrui (art. 1964).

Come diritto accessorio, l'ipoteca segue la sorte della obbligazione cui accede; epperò, condizionale, nulla o annullabile questa, sarà condizionale, nulla, o annullabile l'altra, salvo quanto avremo ad osservare in ordine alle eccezioni proponibili contro il creditore ipotecario da parte del terzo possessore dell'immobile ipotecato. E per la stessa ragione, estinta la obbligazione verrà solo per ciò ad estinguersi anche la ipoteca, cui mancherebbe uno scopo qualunque da poter più raggiungere. E così la ipoteca passa insieme al credito nella cessione e nella surrogazione (art. 1541, 1252, 1253); mentre nella novazione non passa dal credito anteriore, ch'è rimasto *estinto*, al credito *nuovo* sostituitogli; a meno che non ne sia fatta espressa riserva, la quale importa quasi una rinnovata costituzione dell'antica ipoteca (art. 1274). Egualmente l'ipoteca rinasce col rinascere dell'antico credito, cui ineriva (art. 2031).

4. Da questa accessorietà dell'ipoteca deriva che essa è intrasmissibile, senza la contemporanea cessione, vera o finta, del credito

che le serve di base; perchè, fra l'altro, non si saprebbe vedere in qual modo il cessionario di un puro diritto d'ipoteca lo farebbe valere contro il datore d'ipoteca, appunto perchè l'ipoteca, considerata anche come diritto reale, non è un diritto reale di godimento, capace di un proprio contenuto, come l'usufrutto; ma è sempre un diritto di *garentia*, che presuppone un credito da garentirsi. E supposto anche che il cessionario della pura ipoteca fosse contemporaneamente per proprio conto creditore del datore d'ipoteca, quella cessione non potrebbe praticamente esplicare la sua efficacia. Perocchè, ove cotesto cessionario espropriasse i beni ipotecati del debitore e si pagasse del valore della ipoteca a lui ceduta, il debitore dovrebbe giustamente considerarsi liberato di fronte al cedente; altrimenti questi potrebbe peggiorare la sua condizione, rendendo improponibili, contro quel-l'antico credito ipotecario, che ora sarebbe rimasto chirografario per lo stralcio fattone dell'ipoteca, le eccezioni che il debitore aveva interesse di proporre contro dell'uno, e che forse non ha, e può non avere interesse di proporre contro dell'altro. E d'altra parte, ammettere questa liberazione del debitore verso il creditore, che ha ceduto all'altro creditore la propria ipoteca, in sostanza è ammettere e riconoscere la cessione del credito ipotecario! Quello ch'è possibile soltanto è la *cessione del grado ipotecario* a favore di un altro creditore del comune debitore, mercè il così detto *patto di posposizione ipotecaria*, che inverte la collocazione dei creditori sul prezzo da distribuirsi; ma che non esce dai limiti e dai concetti di una ordinaria convenzione passata fra i creditori stipulanti, e che non modifica e non pregiudica affatto i diritti e gli interessi, vuoi del debitore, vuoi degli altri creditori e dei terzi in generale; come meglio e più diffusamente sarà dimostrato a suo luogo.

Finalmente, è da osservare che l'accessorietà del diritto d'ipoteca va mantenuta entro i limiti sopra dichiarati; perocchè, in quanto si attiene alle condizioni della sua nascita e della sua conservazione, esso segue la propria sorte indipendente da quella della obbligazione cui accede; ciò che pure a suo luogo, volta per volta, sarà compiutamente chiarito.

5. Un altro carattere della ipoteca è la sua *indivisibilità: hypotheca est tota in toto, et tota in qualibet parte* (cap. art. 1964). La quale regola consiste in ciò: che tutti gli immobili ipotecati, ciascuno di essi e ciascuna parte di essi, garentiscono l'intero credito. Di guisa che il creditore ipotecario può esercitare la sua azione ipotecaria per l'intero credito anche contro il possessore di una frazione dell'immobile ipotecato, senza che questo possessore possa pretendere una proporzionale diminuzione dell'azione creditoria, salvo il suo diritto di rilascio.

La indivisibilità della ipoteca consiste anche in questo: che soddisfatto in parte il credito ipotecario, resta integra la ipoteca su tutta la quantità degl'immobili originariamente ipotecati per l'intero credito, sino a soddisfazione integrale. Ancora: che divisa l'obbligazione fra due eredi del debitore, ciascuno di essi è sempre obbligato per l'intero, sino a quando possiede un immobile, o una parte dell'immobile ipotecato per l'intero credito originario, se non preferisce il rilascio; nel qual caso si libera col pagamento della sua quota del debito (articoli 1027 e 1029). Ma pur pagata la sola sua quota col consenso del creditore, non per questo egli può pretendere una proporzionale riduzione della ipoteca per lo svincolo proporzionale della parte d'immobile da lui posseduta. Egualmente, ciascuno degli eredi del creditore ipotecario, a garentia della sua parte di credito, conserva la integrale estensione della ipoteca goduta dal suo autore, senza che il debitore possa pretenderne una proporzionale riduzione, anche quando egli abbia soddisfatto l'altro coerede; nè il coerede soddisfatto ha il diritto di concedere questa parziale liberazione. Ai quali rapporti si applica in tutto e per tutto l'articolo 1889, stante la perfetta analogia del pegno e della ipoteca in riguardo alla realità ed alla indivisibilità del diritto, proclamata per per l'uno e per l'altra con enunciazione generale (art. 1889, primo comma; ed art. 1964, secondo), ed esplicata più particolarmente in riferimento al pegno (art. 1889, secondo e terzo comma).

Devesi però bene osservare, che con la indivisibilità della ipoteca resta normale ed impregiudicata la divisibilità del credito; tanto vero, che se l'erede del creditore non può pretendere che la sua

parte di credito, l'erede del debitore può liberarsi col pagamento della sua parte di debito; ciò che non potrebbe verificarsi per una obbligazione essa stessa indivisibile. E le differenze sono notevolissime, specialmente in materia di prescrizione (art. 2030).

La indivisibilità però della ipoteca ci sembra aver fondamento più nella intenzione delle parti, pel maggior vantaggio che ne vuol trarre il creditore, anzichè nella natura stessa del diritto ipotecario; com'è invece per la servitù, la quale non può altrimenti concepirsi che indivisibile; perchè, fra l'altro, non si saprebbe come poter materialmente dividere un diritto di passaggio, di veduta, di prospetto, ecc. Epperò, noi crediamo che la convenzione delle parti può derogare alle conseguenze del principio legislativo della indivisibilità della ipoteca.

6. La ipoteca, come accennavamo più innanzi, è anche un *diritto reale;* realità peraltro di cui l'ufficio e l'importanza si esplica soltanto nei rapporti fra il creditore ipotecario ed il terzo possessore dell'immobile ipotecato; sia che cotesto possesso legittimo si riferisca al pieno dominio dell'immobile medesimo, sia che riguardi un diritto frazionario di dominio, la condizione degli aventi diritto non per questo essendo mutata. Così, di fronte al creditore ipotecario iscritto sull'immobile A, è terzo possessore: tanto quegli che lo acquista per vendita, o lo riceve per donazione o in legato, quanto colui che, con alcuno di siffatti titoli, dell'immobile A acquisti semplicemente l'uso, l'usufrutto, l'abitazione, la superficie, il dominio utile enfiteutico; o la nuda proprietà, il suolo, il sottosuolo, il dominio diretto, ecc.

Terzo possessore è pure da considerarsi lo stesso datore d'ipoteca, quando egli non è contemporaneamente il debitore della obbligazione garentita; salvo qualche discutibile differenza, per l'esercizio del diritto di purga e della surrogazione ipotecaria, fra questo datore d'ipoteca e gli altri terzi possessori sopra indicati, secondo verremo nell'opportuna sede illustrando.

È rispetto dunque a questi terzi che l'ipoteca in tanto proteggerà il credito, in quanto spiegherà la sua efficacia come diritto reale,

perseguitando l'immobile presso chiunque si trovi, dopo essere uscito dalle mani del debitore o del datore d'ipoteca. Dichiarazione questa superfluamente enunciata nell'art. 1964, perchè bastava aver definito l'ipoteca diritto *reale*, carattere essenziale del quale appunto essendo la *rei persecutio erga omnes.*

7. Ma anche nei soli rapporti fra creditore e terzi, la realità della ipoteca resta sempre circoscritta all'ufficio ed al carattere di garentia, di un diritto cioè accessorio, il quale non può esistere senza un altro diritto che gli serva di base, differenziandosi così dai diritti reali di godimento, servitù, superficie, enfiteusi, ecc., che hanno in loro stessi il proprio contenuto e la propria ragione di essere, il loro esercizio consistendo in quel dato modo di usar la cosa sottoposta al diritto del titolare; mentre l'ipoteca non conferisce al suo titolare alcun godimento e potestà diretta sulla cosa, *pro hic et nunc;* realizzandosi soltanto più tardi sul prezzo che se ne ritrarrà dalla vendita, eseguita per il soddisfacimento di un suo credito, la cui sussistenza perciò costituisce il presupposto dell'ipoteca. Ben vero che, anche prima dell'esercizio dell'azione ipotecaria, il creditore può impedire che il proprietario dell'immobile ipotecato vi faccia alcuni atti di disposizione e di amministrazione; ma questa indiretta potestà, ch'egli viene così ad esercitare sulla cosa in forza del suo titolo ipotecario, è sempre coordinata allo scopo della garentia del suo credito, onde il datore d'ipoteca non diminuisca la sicurezza del creditore, modificando le condizioni dell'immobile ipotecato; tanto vero, che, mancando gli estremi del danno, il creditore non può impedire che il proprietario disponga dell'immobile a suo talento. Di che anche saranno in seguito fornite più ampie spiegazioni.

8. Dalle premesse osservazioni nasce il dubbio, se l'ipoteca sia un diritto reale *immobiliare* o *mobiliare;* perocchè, se l'accessorio segue la sorte del principale, e l'ipoteca è un accessorio dell'obbligazione ch'è diritto mobiliare; e se il diritto reale immobiliare importa uno smembramento della proprietà dell'immobile, mentre l'ipoteca non viene direttamente a frazionare codesto diritto di proprietà nelle

mani dell'ipotecante, che lo conserva integro, sino a quando non ne abusi contro l'interesse del creditore ipotecario; e se finalmente costui, non sull'immobile propriamente, ma sul prezzo di esso può far valere il suo diritto; parrebbe doversi conchiudere che l'ipoteca fosse un diritto reale mobiliare. Nondimeno, fermandoci alla considerazione principale ed essenziale che, dopo tutto, l'ipoteca conferisce il diritto di *perseguitare l'immobile* presso chiunque si trova, sia pure allo scopo di farlo vendere, e sotto questo punto di vista essa rientra nel generale concetto di azione tendente a ricuperare immobili e diritti ad essi relativi (art. 415); e considerando anche, che se l'ipoteca non è un vero e proprio smembramento della proprietà dell'immobile, è nondimeno sempre un *peso inerente all'immobile;* dobbiamo piuttosto concludere ch'essa sia un diritto reale immobiliare. Questione peraltro di menoma importanza pratica, perchè l'accessorietà dell'ipoteca previene e risolve quasi tutte le questioni, che potrebbero sorgere dalla natura di *mobiliare* o *immobiliare* di quel diritto reale.

9. Gli altri due caratteri poi generali essenziali ed inderogabili dell'ipoteca, nel nostro diritto vigente, sono: la *pubblicità* e la *specialità* (art. 1965).

Rivolta alla protezione del credito, l'ipoteca dev'essere *pubblica* nell'interesse delle persone, che, volendo aprire il loro credito al proprietario, vogliono al tempo stesso garentirsene il rimborso sul suo patrimonio, la condizione del quale perciò esse debbono poter liberamente consultare ad ogni istante; ciò che non sarebbe possibile nell'esistenza di vincoli occulti della proprietà, per i quali le posteriori garentie, acquistate su di essa nella fiducia della loro solidità, sarebbero spesso frustrate dalla maggiore efficacia delle precedenti.

A complemento della pubblicità poi l'ipoteca dev'essere *speciale*, nell'interesse, e dei creditori, e dello stesso proprietario degl'immobili ipotecati; perchè non cada equivoco sulla identificazione di questi, rendendosi così sicura la posizione del creditore che ha fondato la sua garentia su quel dato immobile; e lasciandosi libera di vincoli la proprietà degli altri immobili del debitore, che altrimenti sarebbero

senza scopo sottratti al libero commercio; e perchè risulti la quantità dell'onere di cui in ogni caso essi sono gravati, onde sul loro restante maggior libero valore il proprietario conservi il credito che merita per ulteriori contrattazioni ed operazioni di affari.

Cotesti così ragionevoli e benefici caratteri dell'ipoteca non furono riconosciuti dal diritto positivo senza secolari lotte e resistenze; perocchè i tentativi di Sully e di Colbert, i ministri di Enrico IV e Luigi XIV, per abbattere la tradizionale clandestinità e generalità dell'ipoteca, non ebbero un durevole trionfo se non per opera della grande rivoluzione francese. Anzi lo stesso Codice Napoleone fece un passo indietro sulla riforma introdotta dalle leggi del periodo rivoluzionario, conservando la clandestinità e la generalità di alcune ipoteche, come le legali delle donne maritate e delle persone incapaci. E nello stesso Codice civile italiano non senza dibattito ed esitazioni fu riconosciuto definitivamente e compiutamente, sull'esempio specialmente della legge ipotecaria belga del 1851, il principio della pubblicità e della specialità.

10. La pubblicità consiste nella dichiarazione del vincolo ipotecario consacrata in pubblici registri, cioè nella *iscrizione* (art. 1981); e la specialità nella designazione specifica, contenuta in quella dichiarazione, e dell'immobile sottoposto al vincolo, e del valore, ridotto a numerario, dell'obbligazione pel quale è vincolato (articoli 1965, 1979, 1987). Sicchè nell'attuale sistema l'ipoteca, per quanto possa ancora cadere su tutti i beni immobili del debitore, anche futuri (art. 1986), non sarà mai, nè clandestina, nè generale, secondo l'antico significato di questa parola; poichè essa consisteva in ciò: che il vincolo ipotecario colpiva complessivamente e con eguale efficacia tutto il patrimonio immobiliare del debitore, presente e futuro; e rispetto ai beni futuri prendeva grado dall'originaria unica iscrizione, nei casi nei quali pur una iscrizione richiedevasi. Al contrario, pel nostro diritto vigente in ogni caso è richiesta l'iscrizione; e questa dev'essere specifica per ciascun immobile; e non prende mai grado se non dalla sua data; e non può essere accesa se non quando i beni entrano nel patrimonio del debitore, ove il titolo legale o giu-

diziale dell'ipoteca estenda il vincolo ai beni futuri (articoli 1965, 1981 e seg.); di che sarà fatta più ampiamente parola nello studio speciale dell'iscrizione ipotecaria.

Facciamo però sin d'ora osservare, che la pubblicità dell'ipoteca, mercè l'iscrizione, è intimamente connessa con la pubblicità della trasmissione della proprietà immobiliare, mercè la trascrizione, senza della quale la garentia ipotecaria dei creditori non sarebbe sufficientemente protetta contro i precedenti acquirenti dell'immobile ipotecato; come di fatto si verifica in alcune contingenze che esamineremo, per il non completo sistema dell'attuale nostra trascrizione, limitata ai soli atti tra vivi della trasmissione della proprietà e dei diritti reali immobiliari (art. 1932 e seg.).

Da ultimo, la pubblicità dell'ipoteca non concerne che i rapporti giuridici fra il creditore ipotecario e gli altri creditori, e i terzi aventi causa a titolo particolare del debitore o datore d'ipoteca; perchè di fronte a costui ed ai suoi eredi l'ipoteca sussiste per sola virtù del titolo costitutivo, indipendentemente dall'iscrizione, con le relative conseguenze di tal principio, che cadranno in seguito sotto il nostro esame.

Lezione Seconda

Sommario: Dei beni mobili, sono capaci d'ipoteca soltanto le *rendite sopra lo Stato.* — Dei beni immobili, sono ipotecabili quelli dichiarati espressamente tali dalla legge: *beni immobili per natura; beni dalla legge reputati immobili per natura,* insieme ai loro *accessorii.* — *Estensione* dell'ipoteca alle *accessioni* dell'immobile ipotecato. — Condizione della commerciabilità dei beni per la loro idoneità ad essere ipotecati.

1. I soli beni immobili in generale, e non pure i mobili sono capaci d'ipoteca (art. 1966 e 1967), perchè rispetto a questi la regola « possesso val titolo a favore del terzo possessore di buona

fede » (art. 707) spessissimo renderebbe vano lo scopo della ipoteca, e perchè a lor riguardo può costituirsi la speciale garentìa del *pegno*. Inoltre, rispettò ai mobili non potrebbe praticamente osservarsi il principio della pubblicità e specialità della ipoteca, per le difficoltà di individuare nei registri le cose, sulle quali si dovrebbe costituire il vincolo.

Per eccezione sono ipotecabili *le rendite sullo Stato* (n. 4 dell'art. 1967), nel modo determinato dalle leggi speciali relative al *Debito Pubblico*. Questa eccezione è giustificata dalla circostanza della enorme entità dei valori investiti nelle rendite sopra lo Stato, e che perciò era dannoso sottrarre ai varii servizi del credito, fra i quali quello della garentìa. Inoltre, la loro idoneità all'ipotecamento è subordinata a tali misure e condizioni d'immobilizzazione, da poter soddisfare ai due essenziali principii del sistema attuale ipotecario, cioè, la pubblicità e la specialità.

Per quanto grande l'analogia, sotto il punto di vista del carattere giuridico e del valore economico, di qualsiasi altro titolo di credito con quello della rendita sullo Stato: azioni od obbligazioni di banca e di corpi morali garentite dallo Stato, cartelle fondiarie, ecc., la loro inipotecabilità è certa; perchè la enumerazione di tutto l'articolo 1967 sui beni capaci d'ipoteca è tassativa, assolutamente incapace di estensione, come ora vedremo pure rispetto ai beni immobili.

2. Abbiamo quattro specie di beni immobili: *beni immobili per natura* (art. 408, 410, 411, 412); *beni reputati immobili per natura* (art. 409); *beni immobili per destinazione* (art. 413, 414); *beni immobili per l'oggetto a cui si riferiscono* (art. 415). Della prima specie sono ipotecabili soltanto i beni indicati nell'art. 408 e nella prima parte dell'art. 412, con le condizioni però rispetto a questi ultimi che or ora esamineremo. Sui beni immobili per natura, di cui negli articoli 410, 411 e nella seconda parte dell'art. 412, la ipoteca non si può costituire direttamente; essa soltanto li colpisce insieme all'immobile di cui formano un naturale *accessorio*. È così che bisogna intendere il n. 1 dell'art. 1967. La selva dunque,

che copre il terreno, non è di per se stessa ipotecabile separata dal suolo, quantunque sino a quando non è atterrata costituisca un bene immobile per natura (art. 410); ma stabilita l'ipoteca sul terreno, essa colpisce anche per ciò solo la selva, che si reputa *accessorio* dell'altro (n. 1 dell'art. 1967), anzi si confonde e compenetra addirittura con questo; e se la selva sorge sul terreno, dopo che la ipoteca è stata costituita su di esso, la ipoteca le *si estende* come *miglioramento* del terreno ipotecato (art. 1966). Dicasi altrettanto dei canali che deducono le acque in un edifizio o fondo, dei quali fanno parte integrante ed inseparabile, dal punto di vista della loro ipotecabilità (art. 412).

3. Le sorgenti, i serbatoi ed i corsi d'acqua poi, di cui nella prima parte dell'art. 412, quantunque beni immobili per natura, e quindi compresi nella espressione generale *beni immobili* adoperata nel n. 1 dell'art. 1967, non sono ipotecabili di per loro stessi se non quando, presentando un valore ed un'utilità assoluta, indipendentemente dal fondo in cui scaturiscono, sono capaci di una espropriazione e di un'aggiudicazione, le quali offrano un prezzo su cui il creditore ipotecario farà valere la sua prelazione. Che se invece il serbatoio e la sorgente, per il loro modo di essere, non possono servire che all'utilità del fondo medesimo in cui si trovano; o tutto al più all'utilità di un fondo attiguo, come passibile oggetto di una servitù prediale in vantaggio di questo; essi non saranno ipotecabili separatamente dal fondo che li contiene, perchè non potrebbero isolatamente rispondere allo scopo della ipoteca; non potendo all'occorrenza il creditore ipotecario espropriarli, per pagarsi sul loro prezzo d'aggiudicazione. In tali rincontri, i beni di cui è oggetto nella seconda parte dell'art. 412 rientrano, dal punto di vista della ipotecabilità, nel n. 1 dell'art. 1967, o anche nell'articolo 1966.

4. Le miniere sono ipotecabili, separatamente dalla superficie del fondo, perchè realmente hanno un valore distinto dall'altra, e, come questa costituiscono una vera e nuova proprietà immobi-

liare; la loro ipotecabilità poi è regolata da leggi speciali. Ma la ipotecabilità della miniera porta seco la ipotecabilità della superficie del fondo, il quale non perde la sua qualità d'immobile per natura, pel fatto che gli si aggiunge un'altra proprietà immobiliare.

Al pari dei beni immobili per natura sopra enumerati, sono ipotecabili tutti gli altri beni reputati immobili per natura dalla legge nell'art. 409: bagni, mulini ed altri edifizii galleggianti con corde o catene saldamente attaccati ad una riva, sulla quale trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio.

5. I beni poi che sono immobili per destinazione, di cui negli art. 413 e 414, al pari degli immobili per natura di cui negli articoli 410, 411 e nella seconda parte dell'art. 412, non sono mai ipotecabili separatamente dal fondo, per il servizio del quale, o per incorporazione al quale, sono appunto *considerati* anche essi *beni immobili*. La ipoteca li colpisce insieme al fondo od edifizio cui sono destinati; e li colpisce come *accessorio*, la cui sorte è attaccata a quella del *principale*. È sopra tutto in questo senso che va dichiarato il n. 1 dell'art. 1967, che parla di *accessorii riputati come immobili*. E vedremo a suo luogo, quando diremo degli effetti della ipoteca, qual'è l'efficacia della medesima sopra cotesti immobili accessorii, allorchè cessano per separazione di formare parte dell'immobile principale, cui erano destinati.

Finalmente, dei beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono, sono ipotecabili quelli soltanto indicati nei nn. 2 e 3 dell'art. 1967. Ma, prima di occuparci di questi, è opportuno discorrere della estensione della ipoteca, di cui nell'art. 1966, per la relazione di questo col n. 1 dell'art. 1967.

6. Una volta costituita l'ipoteca sopra l'immobile che ne sia capace, essa *si estende*, dice l'art. 1966, a tutti i miglioramenti, costruzioni ed accessioni che vi si verificano. Questa *estensione* della ipoteca, cioè successiva impressione di essa sopra cose non ancora incorporate nell'immobile ipotecato quando il vincolo vi si costituiva, è fondata sul concetto generale dell'*accessorietà* nelle varie

sue forme speciali, per la quale una cosa segue la sorte di un'altra, sotto le diverse denominazioni tecniche di *miglioramenti*, *costruzioni* ed *accessioni*. Su questo proposito il nostro art. 1966 è di una precisione quasi esuberante, voluta per togliere di mezzo le incertezze del diritto anteriore.

La ipoteca dunque si estende anzitutto ai *miglioramenti* dello immobile ipotecato, cioè alle spese e lavori utili fatti per aumentarne il valore: piantagioni, scoli, drenaggi, riparazioni, ricostruzioni, ecc. Si estende anche alle nuove *costruzioni*, le quali in sostanza migliorano pur esse l'immobile ipotecato, su cui sono eseguite. Ma appunto perchè la estensione della ipoteca è determinata dal carattere di accessorietà dei nuovi beni ch'essa va a colpire, così sono da escludere quelle costruzioni, le quali, benchè aggiunte all'immobile prima ipotecato, e benchè temporaneamente destinate al migliore e più proficuo uso e servizio di questo, nondimeno costituiscono una proprietà distinta, avente un proprio suo particolare valore. Accanto ad un edifizio destinato ad uso di albergo, ne sorge un altro come *succursale*, e vi si stabilisce anche un passaggio interno; non per questo il secondo edifizio verrà colpito dalla ipoteca che gravava sul primo; manca il carattere di accessorietà, nel senso giuridico, dell'uno rispetto all'altro.

La ipoteca si estende anche alle *altre accessioni*, dice l'articolo 1966, perchè i miglioramenti e le costruzioni sono pur essi forme di accessioni (art. 446, 447 e 448). Queste altre accessioni dunque sono quelle indicate negli art. 453, 454, 456, 457, 458, 461; cioè le alluvioni, il letto di fiume scoperto o abbandonato, l'*avulsio*, l'*insula nata*. Non entra invece nel concetto di *accessione* un terreno comprato dal proprietario, attiguo all'altro da lui prima ipotecato, per quanto tenuto in coltura comune ed indivisa; come tanto meno vi sarà estensione d'ipoteca da un terreno ad un altro d'originaria comune spettanza dello ipotecante, quando questi, per la coltura ed amministrazione dei fondi, ha creduto togliere di mezzo quelle divisioni e separazioni, muri di cinta, siepi, fossi, ecc., che prima li distinguevano materialmente.

Vuolsi poi osservare che l'estensione della ipoteca, nei casi in

cui ha luogo, si produce così se le accessioni (miglioramenti e costruzioni) siano l'opera dello stesso ipotecante, come se lo siano di un terzo possessore dell'immobile ipotecato; salvo l'indennità dovuta a costui, nella minor somma che risulterà fra lo speso ed il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto, e che il terzo preleverà dal prezzo dell'immobile subastato (art. 2020).

Come la ipoteca si estende alle accessioni, di cui negli art. 446 e seg., ed alle quali propriamente si riferisce l'art. 1966; così *si estenderà* pure a quei beni mobili che si immobilizzano per destinazione dopo l'ipotecamento dell'immobile per natura, e che *sono colpiti* da questa ipoteca quando già vi si trovano immobilizzati al momento della sua costituzione, secondo il n. 1 dell'art. 1967. Il tempo della loro immobilizzazione non cambia il loro carattere generico di *accessorietà*, che forma il criterio e la ragione dell'estensione della ipoteca, ammessa come principio nell'art. 1966.

7. La ipotecabilità di tutti codesti beni immobili sopra enunciati è subordinata alla condizione della loro commerciabilità (n. 1 dell'art. 1967), cioè della loro sequestrabilità all'effetto della espropriazione forzata; chè altrimenti la ipoteca non potrebbe raggiungere lo scopo e l'ufficio della garentia. Non sono dunque capaci di ipoteca gli immobili costituenti il demanio pubblico dello Stato, delle provincie e dei comuni (art. 430 e 432), e tutti gli altri dichiarati fuori commercio da leggi speciali. Diversa da questa incapacità assoluta, ed a cui si riferisce il n. 1 dell'art. 1967, è la incapacità relativa della ipotecabilità di certi altri immobili, come, per esempio, dei beni dotali della moglie, ed a cui si riferiscono gli articoli 1404, 1405 e 1407.

Sono perciò ipotecabili le strade ferrate appartenenti anche allo Stato, di cui costituiscono sempre una proprietà in commercio, destinata e soggetta, è vero, ad un pubblico uso, come ad una specie di servitù, ma aventi tutti gli altri caratteri della privata proprietà, specialmente quelli della disponibilità per trasmissione di dominio e di esercizio, a causa del reddito della loro produzione.

E, contro l'opinione prevalente in Italia, riteniamo ipotecabili

anche gli immobili, pei quali abbia avuto luogo la trascrizione del precetto secondo l'art. 2085. Dal fatto che il debitore non li può alienare, non si può dedurre, come conseguenza, che non li possa ipotecare; perchè l'alienazione è impedita a fine di non render vana la procedura d'espropriazione iniziata colla trascrizione del precetto, costringendosi altrimenti il creditore a rinnovarla contro il nuovo possessore dell'immobile; mentre la successiva ipoteca, che vi costituisca il debitore precettato, non pregiudica in nessun modo il grado già stabilito della ipoteca del creditore istante. Nemmeno ne possono essere pregiudicati i creditori chirografari; perchè, o questi si sono fatti vivi, munendosi di una sentenza di condanna del loro debitore, e con ciò essi stessi hanno acquistato la ipoteca giudiziale, che possono iscrivere immediatamente; o si sono tenuti in disparte, sino a quel momento, e non hanno di che lagnarsi se il debitore ha costituito delle ipoteche sopra i suoi immobili, dopo che un primo creditore ipotecario aveva iniziato la espropriazione; così come egli avrebbe potuto costituirle prima dell'inizio della espropriazione medesima. Non si dirà neppure che per l'art. 1974 è incapace d'ipotecare chi è incapace di alienare, completando così quell'articolo la disposizione dell'art. 2085. La incapacità di cui si occupa l'art. 1974 è quella che riguarda lo stato della persona per le condizioni d'età, d'infermità, e per il modo di essere della persona stessa, cioè fisica o morale, come chiariremo parlando della ipoteca convenzionale; e quindi essa non ha niente di comune con la incapacità, di cui nell'art. 2085.

LEZIONE TERZA

SOMMARIO: Dei beni immobili per l'oggetto cui si riferiscono, sono capaci di ipoteca soltanto quelli indicati espressamente dalla legge. — *Diritto di usufrutto. — Diritti del concedente e dell'enfiteuta sui beni enfiteutici.*

1. Sono capaci d'ipoteca altre specie di beni immobili, quelli cioè dichiarati tali dalla legge per l'oggetto cui si riferiscono (art. 415), con l'avvertenza però, che sono ipotecabili quelli soltanto

di codesti beni, che sono noverati nell'art. 1967, n. 2 e 3, la cui disposizione è tassativa. Sono dunque capaci d'ipoteca solamente l'*usufrutto* dei beni immobili, il *diritto del concedente*, ed il *diritto dell'enfiteuta*. Naturalmente è ipotecabile anche il *diritto di nuda proprietà*, quantunque non espressamente indicato nell'art. 1967; perchè l'immobile, su cui cade il diritto, non cessa di essere tale per sua natura, e costituisce la proprietà del titolare, benchè diminuita temporaneamente di valore economico produttivo. Al contrario, non essendo indicato nell'art. 1967, non è capace d'ipoteca il diritto di superficie, benchè esso al pari del diritto di usufrutto sia bene immobile per l'oggetto cui si riferisce; salvo quando la superficie risulti una proprietà immobiliare distinta, per il fatto dell'apertura di una miniera sottostante.

Per la stessa ragione, non sono ipotecabili il diritto di uso, di abitazione, le servitù prediali, e le azioni reali che tendono a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi. Oltre a ciò, il diritto di uso e d'abitazione è inalienabile (art. 528); ed inalienabili sono pure le servitù prediali indipendentemente dal fondo cui attivamente appartengono, e quindi incapaci di soddisfare allo scopo dell'ipoteca. In quanto alle azioni reali era anche inutile la loro idoneità d'ipotecamento, perchè la persona, cui spetta tale azione, può direttamente ipotecare l'immobile che quell'azione tende a ricuperare, salvo a decidere della validità di siffatta ipoteca, in seguito all'esito dell'azione (art. 1976).

Neppure è ipotecabile la stessa ipoteca, anche perchè essa è intrasmissibile indipendentemente dal credito ipotecario. Si può dunque cedere o dare in pegno il credito ipotecario, ma non si può ipotecare, come non si può cedere, la ipoteca in sè stessa ed in sè sola considerata.

2. Ritornando all'analisi dei diritti immobiliari capaci d'ipoteca, l'usufrutto è ipotecabile come *diritto immobiliare per sè stante*, indipendentemente cioè dall'immobile su cui si esercita; sicchè il creditore è questo diritto, e non già l'immobile, che esproprierà per pagarsi, il diritto di usufrutto avendo un valore economico suo

proprio. Per eccezione, non è ipotecabile l'usufrutto legale dell'ascendente, perchè la sua speciale destinazione, rivolta al mantenimento ed educazione della prole, lo rende inalienabile (art. 224-230).

Quid dell'usufrutto del marito sui beni dotali della moglie? Sembra che per esso concorrano le ragioni d'inipotecabilità dell'usufrutto legale dell'ascendente. Ma d'altra parte, l'art. 1967, non facendo per l'uno la espressa eccezione che enuncia per l'altro, mostra di contenerlo entro la regola della ipotecabilità del diritto di usufrutto in genere. Nondimeno, la questione va messa in termini diversi, per risolverla correttamente, e per schivare la contraddizione logica e pratica di considerare ipotecabile un diritto, che la dottrina e la giurisprudenza propende a dichiarare inalienabile, almeno relativamente. Il marito non ha un vero e proprio *diritto di usufrutto legale*, nel senso tecnico di questa parola, sui beni dotali della moglie, come l'esercente la patria potestà sui beni dei minori ad essa sottoposti. E difatti, la legge mai parla di questo *usufrutto maritale;* essa attribuisce soltanto al marito l'amministrazione dei beni dotali, col diritto di far suoi i frutti, quasi un *procurator in rem propriam* (art. 1399). Benchè dunque questo diritto molta analogia abbia col diritto di usufrutto, anche per altre conseguenze (art. 1408), non però è quel diritto di usufrutto, che costituisce un bene immobile, ipotecabile a mente dell'articolo 1967. Il così detto usufrutto maritale dunque non entra, nè nella regola, nè nella eccezione di detto articolo; e solo per questo non è ipotecabile, giacchè è la legge che determina tassativamente i beni capaci d'ipoteca; e neppure può quell'usufrutto entrare nella indicazione generica di beni immobili, di cui nella prima parte dell'articolo 1967, non avendone gli elementi e le condizioni, non potendosi, cioè, considerarlo immobile, nè per natura, nè per destinazione.

3. L'usufrutto capace d'ipoteca non è che il vero *usufrutto formale*, definito dalla legge nell'art. 477, e cui deve necessariamente riferirsi l'art. 1967. L'*usufrutto causale* non ha nè un valore, nè un'entità giuridica a sè, compenetrandosi e confondendosi nella

piena proprietà, di cui è parte essenziale. È vero che il proprietario può alienare la sola parte fruttifera di un immobile, ritenendo per sè la nuda proprietà; e che perciò sembra debba specialmente poter ipotecare soltanto l'una divisa dall'altra, l'ipotecamento costituendo anche un'alienazione. Ma si rifletta che il proprietario, alienando l'usufrutto, viene con ciò a *costituire* questo diritto di usufrutto, *jus in re aliena;* mentre quando il proprietario vuol costituire una ipoteca sul suo usufrutto causale, pretende di costituirla sopra qualche cosa che non ha entità autonoma, quell'usufrutto continuando a *confondersi* nel suo maggior diritto di piena proprietà. È vero che all'occorrenza il creditore esproprierebbe il diritto di usufrutto; ma egli dovrebbe cominciare col costituire questo diritto di usufrutto, che sino ad oggi non ha esistito; mentre la ipoteca deve nel suo nascimento ricadere sopra un oggetto, che abbia già in sè i caratteri e le condizioni della espropriabilità. Ma poi, sulla vita di chi sarebbe costituito questo diritto di usufrutto, che verrebbe ad acquistare l'aggiudicatario? Su quella dell'espropriato? Ma se è egli invece il domino del fondo sul quale cade l'usufrutto! Sulla vita dell'aggiudicatario? Ma l'usufrutto non avrebbe allora un valore determinabile prima dell'aggiudicazione, questo valore dipendendo appunto, fra l'altro, dall'età dell'aggiudicatario! Sulla vita del creditore? Ma tanto meno; perchè il creditore non può avere inteso acquistare una garanzia di valore dipendente dalla sua età; egli, giovine o vecchio, avendo sempre inteso *assicurarsi il suo credito integrale.* Quindi, si oppongono anche difficoltà pratiche e materiali alla ipotecabilità dell'usufrutto causale. Dicasi lo stesso dell'ipotecamento della nuda proprietà da parte del pieno proprietario, benchè in tal caso la difficoltà della valutazione dell'usufrutto sarebbe evitata, dovendosi esso considerare come costituito sulla vita del proprietario medesimo.

4. In riguardo all'ipoteca dell'usufrutto e della nuda proprietà si presentano alcune questioni, assai importanti dal punto di vista della loro trattazione scientifica. Consolidatosi l'usufrutto con la nuda proprietà, che ne avviene dell'ipoteca precedentemente costituita sopra l'uno o sopra l'altra? Si estende a tutta la piena pro-

prietà dell'immobile? Si conserva impregiudicata nello stato in cui fu costituita, considerandosi come non avvenuta la consolidazione di fronte al creditore ipotecario? Si estingue, invece, del tutto, per estinzione dell'oggetto su cui era costituita?

La prima soluzione è inaccettabile, perchè la ipoteca si estende solo ai miglioramenti, accessioni ed accessorii dell'immobile ipotecato (art. 1966 e 1967, n. 1); ed è assurdo considerare sotto uno di tali aspetti l'usufrutto e la nuda proprietà, messi l'uno di fronte all'altra; tutti e due essendo egualmente beni immobili capaci di propria e separata ipotecabilità, e tutti e due avendo la medesima importanza giuridica ed economica rispetto al loro termine comune, cioè la piena proprietà. Oltre a ciò, la soluzione sarebbe ingiusta contro i creditori chirografari dell'ex usufruttuario, o dell'ex nudo proprietario, perchè si sottrarrebbe alla *comune* garanzia, di cui nell'art. 1949, quella maggior ricchezza ch'è entrata nel patrimonio del debitore, e su cui i creditori non potevano anticipatamente assicurarsi una garentia ipotecaria gli uni contro gli altri (art. 1977).

Sono invece da accogliere le altre due soluzioni del proposto quesito, secondo le circostanze diverse di fatto che lo accompagnano. Avvenuta la consolidazione per causa indipendente dall'arbitrio del nudo proprietario o dell'usufruttuario, come, per esempio, a causa di successione legittima di questo all'altro, la nuda proprietà e l'usufrutto spariscono, si estinguono, come diritti reali per sè stanti; epperò la ipoteca, precedentemente costituita sopra ciascuno di essi, si estingue alla sua volta, per *estinzione dell'oggetto* su cui gravava (art. 2029, n. 2); avendo già fatto riflettere che l'ipoteca costituita sopra un usufrutto, o sopra la nuda proprietà, cade sul *diritto di usufrutto*, o sul *diritto di nuda proprietà*, e non sull'immobile cui l'usufrutto o la nuda proprietà si riferiscono.

Per conseguenza, tanto l'ipoteca del creditore dell'ex nudo proprietario, quanto l'altra del creditore dell'ex usufruttuario, si estinguono contemporaneamente, così come si estinguerebbe la ipoteca costituita sulla piena proprietà dell'immobile a causa della materiale distruzione di questo (art. 2029, n. 2).

Avvenuta, invece, la consolidazione per un fatto volontario del

nudo proprietario o dell'usufruttuario, come, per esempio, a causa della rinunzia o della vendita che uno di essi facesse a favore dell'altro del proprio diritto, la ipoteca del creditore continuerebbe a sussistere sulla nuda proprietà o sull'usufrutto; in questo senso, che di fronte al creditore ipotecario la consolidazione si reputerebbe come non avvenuta, avendo già fatto riflettere, e torneremo anche più innanzi a dimostrarlo, che l'ipotecante, se conserva tuttora la disposizione dell'immobile ipotecato, è in quanto non ne venga nocumento al creditore ipotecario, come invece si verificherebbe nelle ipotesi configurate. Epperò, il creditore potrebbe sempre per la sicurezza del suo credito espropriare la nuda proprietà o il diritto di usufrutto di quell'immobile; nel suo interesse continuandosi tuttora a considerare distinte queste due frazioni del diritto di proprietà, in conformità della loro prima costituzione, e salvi gli effetti della consolidazione nei rapporti fra le parti contraenti.

In tutti e due i casi poi, il creditore ipotecario potrebbe sempre avvalersi della disposizione degli articoli 1176 e 1980.

Si rifletta da ultimo, che riguardo alla ipoteca del diritto di usufrutto e della nuda proprietà si applica il principio della sua estensione agli *accessorii* ed alle *accessioni*, in conformità di quanto osservammo rispetto alla ipoteca degl'immobili vincolati nella loro piena proprietà; perocchè lo stesso n. 2 dell'art. 1967 parla della ipotecabilità dell'usufrutto degl'immobili *coi loro accessorii*, riportandosi così al n. 1 dello stesso articolo, mentre l'art. 1966 vi si collega, essendo la sua disposizione comune a tutte le specie di beni immobili capaci d'ipoteca.

5. Come il *diritto* di usufrutto e di nuda proprietà, è ipotecabile *il diritto del concedente* e *dell'enfiteuta* sugl'immobili enfiteutici; perchè l'uno e l'altro diritto sono espropriabili di per sè stessi, e quindi capaci di offrire un prezzo di aggiudicazione, sul quale può soddisfarsi il creditore.

In caso di devoluzione o di affrancazione del fondo enfiteutico, la ipoteca si estingue come diritto reale sull'immobile, perchè questo immobile, ch'era il diritto del concedente o dell'enfiteuta, si estingue

alla sua volta, andando a confondersi nella piena proprietà. Però, la sua estinzione è semplicemente formale, perchè il suo valore si trasporta sul prezzo di affrancazione dovuto al concedente, o su quello delle migliorie spettante all'enfiteuta (art. 1567).

6. In rapporto alla ipoteca degl'immobili enfiteutici vengono altre questioni, analoghe a quelle esaminate riguardo alla ipoteca degl'immobili, sui quali è costituito un diritto di usufrutto. Di fatti, l'art. 1567 non prevede l'ipotesi dell'ipoteca costituita sul diritto del concedente, in caso di devoluzione; nè l'altra dell'ipoteca costituita sul diritto dell'enfiteuta, in caso di affrancazione. Cotesta ipoteca si riverserà tutta sulla nuova piena proprietà dell'immobile? Si estinguerà per mancanza dell'oggetto su cui era stabilita? Si conserva nello *statu quo ante?* Escludiamo la prima soluzione, per le ragioni addotte a proposito dell'ipoteca del diritto di usufrutto e di nuda proprietà. Ma non è accettabile, neanche in parte, la terza soluzione che adottammo in quella circostanza, attesi i diversi principii economici e giuridici, che governano l'enfiteusi e le servitù personali. Queste sono smembramenti *temporanei* della proprietà; epperò, la legge non ha ragione di opporsi, nell'interesse del creditore ipotecario, al prolungarsi di quello smembramento sino ad una data scadenza, che non può mancare. Invece, lo smembramento della proprietà nella enfiteusi, se questa non è espressamente stabilita a termine, è *perpetuo;* e se la legge nostra, dopo le prime sue esitazioni, riconobbe l'istituto dell'enfiteusi, fu sopra tutto perchè le aprì le più larghe vie della possibile sua estinzione, ritenendo persino nullo il patto espresso del divieto di affrancazione (art. 1556, 1564). Ora, se il creditore ipotecario del concedente o dell'enfiteuta potesse considerare non avvenuta, nel suo interesse, la devoluzione o l'affrancazione dell'immobile enfiteutico, verrebbe ad opporsi al voto della legge per la ricostituzione della piena proprietà. Infatti, egli, a conservare efficacemente la sua ipoteca, dovrebbe poter ancora espropriare l'ex dominio diretto, o l'ex dominio utile: ciò che vuol dire ch'egli dovrebbe poter trovare un aggiudicatario dell'uno o dell'altro; il quale aggiudicatario perpetuerebbe così, nella sua persona

e nei suoi eredi, l'esistenza dell'enfiteusi su quel dato immobile. Necessità di cose dunque reclama, nelle ipotesi configurate, la totale estinzione dell'ipoteca, in applicazione del n. 2 dell'art. 2029, e salvo il disposto degli articoli 1176 e 1980.

Lezione Quarta

Sommario: Divisione delle ipoteche: *legali; giudiziali; convenzionali.* — Della ipoteca legale dell'*alienante.* — Della ipoteca legale dei *condividenti* in genere. — Della ipoteca legale dei *minori ed interdetti.*

1. Dal punto di vista dell'origine, o causa, che dà vita alla ipoteca, questa si distingue: in *legale, giudiziale* e *convenzionale* (art. 1968). Veramente, questa tripartizione dell'ipoteca non è esatta; perocchè, siccome la ipoteca giudiziale è quella, la quale *per ministerio di legge* è annessa a certe sentenze del giudice, senza che questi la pronunzi o l'accordi egli stesso (art. 1970), essa in sostanza è una ipoteca legale. Nondimeno, noi la studieremo sotto quel titolo d'ipoteca giudiziale, il quale resta giustificato considerando nella sentenza del giudice la causa prossima ed immediata di essa ipoteca.

La ipoteca legale è accordata direttamente dalla legge, indipendentemente dalla volontà delle parti interessate, sui beni del debitore, per la garentia di *certi crediti* di *taluni creditori.* Non solo la qualità della persona del creditore, ma anche quella del credito è presa in considerazione dalla legge nella classazione delle ipoteche legali, le quali così, in fondo, partecipano della natura del *privilegio,* sotto la cui forma vera e propria alcune di esse operavano nel diritto anteriore; parecchi *privilegi immobiliari* precedenti essendo stati trasformati in ipoteche legali, soltanto allo scopo di sottoporre quei vincoli della proprietà al regime della pubblicità e della specialità, una volta che nel sistema del Codice italiano si vollero, per principio, sottrarre alla formalità della iscrizione tutti i privilegi, anche immo-

biliari; i quali perciò, nel pubblico interesse, furono assai ristretti di numero (art. 1961 e 1962).

L'art. 1969 enumera *tassativamente* le ipoteche legali, costituendo esse un *jus singulare* in un istituto alla sua volta eccezionale, il diritto ipotecario in genere essendo una derogazione del principio della comune eguale garentia dei creditori su tutti i beni del debitore (art. 1949). Nondimeno, noi vedremo, in fine di questa enumerazione dell'art. 1969, come la legge riconosce altrove un'altra ipoteca legale, la quale perciò, per ragione di sistema, noi possiamo aggiungere a quelle; il Codice non essendo un manuale scientifico, obbligato ad un rigoroso metodico ordinamento dei diversi istituti giuridici, come invece vi è obbligato l'espositore ed illustratore di esso.

2. La prima ipoteca legale indicata nell'art. 1969, n. 1, è quella del *venditore, o altro alienante*, sopra gl'immobili alienati, per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'atto di alienazione. Questa ipoteca legale si giustifica pel riflesso, che l'alienante arricchisce il patrimonio del comune debitore con l'immobile che gli trasmette; e che perciò su questo deve egli godere una garentia speciale, onde gli altri creditori non migliorino la loro condizione a sue spese, quando sul prezzo non ancora pagato dell'immobile volessero fargli concorrenza.

La legge parla di alienante in genere; e quindi anche il donante gode di questa ipoteca, a garentia dell'adempimento degli oneri imposti al donatario. Spetta all'alienante, sia che trattisi di trasmissione di piena proprietà d'immobili, sia che l'alienazione riguardi diritti immobiliari, capaci essi stessi d'ipoteca a norma dell'art. 1967, n. 2 e 3, per l'adempimento sempre degli obblighi assunti dall'alienatario in dipendenza dell'atto di acquisto (articoli 1165, 1507, 1511, 1787, 1789, 1797, 1080, ecc.).

La ragione poi di questa ipoteca spiega com'essa sia ristretta al solo immobile alienato, e conseguentemente poi a tutti i miglioramenti, costruzioni ed accessioni verificatisi anche dopo l'alienazione, in conformità del principio generale stabilito negli articoli 1966 e 1967, n. 1.

3. Godono dell'ipoteca legale i *coeredi*, i *socii* ed *altri condividenti*, sopra gl'immobili caduti nell'eredità, società e comunione, per il pagamento dei rifacimenti e conguagli, che si debbono vicendevolmente fra loro i condividenti (art. 1969, n. 2). Devesi dunque anzitutto ben considerare che siffatta ipoteca spetta soltanto per quei crediti, che derivano direttamente da un atto di *divisione;* i soli che prendono nome di *rifacimenti* e *conguagli;* epperò, ne sono sforniti tutti gli altri crediti, che ai coeredi, socii e comunisti possano competere a causa della stessa eredità, società o comunione, per l'ineguale ed illegale godimento ch'essi ne abbiano avuto durante la indivisione. La ipoteca legale ha luogo anche per la divisione fatta dall'ascendente, perchè anche questa è soggetta a rescissione per lesione (art. 1048), come quella fatta dai coeredi (art. 1038).

La ragione di questa legale garentia, data ai condividenti in genere, sta nel principio di eguaglianza che deve presiedere alla divisione di una cosa comune; e nella giustizia, quindi, di assicurare il risultato effettivo di questa eguaglianza, onde evitare la possibilità che, sopraggiunta la insolvenza del condividente, che aveva preso una parte prevalente dei beni della comunione, e che per tale ragione era rimasto debitore della plusvalenza verso un altro, che ne aveva conseguito una minor parte; questi non avesse a risentirne il danno, come non lo avrebbe risentito, se nella divisione dei beni della comunione avesse conseguito tutta la sua parte.

Se un immobile della comunione, anzichè entrare nel lotto di uno dei condividenti, è stato venduto, allora i condividenti, ai quali ne spetta il prezzo, godranno su di esso la ipoteca legale del n. 1 dell'art. 1969, cioè come alienanti. E sarebbe lo stesso se aggiudicatario di questo immobile venduto all'asta fosse uno stesso condividente, l'immobile provenendogli sempre per questo atto traslativo di vendita, e non per quello dichiarativo della divisione. Differenza d'ipoteca, d'altronde, assai pratica, pel maggior favore di cui gode l'ipoteca legale dell'alienante, a causa della *iscrizione di ufficio* ad essa attribuita, e della quale ci occuperemo in seguito.

La ipoteca legale dei condividenti non garantisce però il rimborso di quanto reciprocamente si debbano fra loro a causa della evizione,

sofferta da alcuno di essi, dei beni compresi nel proprio lotto. La legge non parla che dei crediti di rifacimento e conguagli; i quali, come abbiamo detto, non sono che crediti risultanti dalla plusvalenza dei diversi lotti nella loro composizione ed attribuzione (articoli 990 e 995).

Detta ipoteca ha luogo soltanto sui beni, che avevano formato obbietto della comunione prima della divisione, e non già su quelli particolari del condividente debitore del conguaglio. Ma la stessa ipoteca però ha luogo su *tutti* i beni di quella comunione, e non solamente su quelli di essi, che siano entrati nel lotto del debitore condividente. La parola della legge non ammette che questa interpretazione; perchè, se non la si può estendere sotto il primo aspetto, non la si può restringere sotto il secondo. Si può difatti osservare, che il rifacimento dovuto da un condividente ad un altro interessa anche gli altri condividenti, essendosi pel suo mezzo resa possibile la divisione della cosa comune riguardo a tutti, e che perciò tutti debbano concorrere alla garentia di quel credito. Nondimeno, la legge ipotecaria belga, innovando al sistema del Codice Napoleone, riprodotto dalla nostra legge, limita la ipoteca dei condividenti ai soli immobili della comunione caduti per divisione nel lotto del condividente, a cui carico sta il conguaglio o rifacimento. Ad ogni modo, il condividente creditore del conguaglio non potrebbe rivolgersi con l'azione ipotecaria contro gli altri condividenti *non debitori*, se non per la parte che ciascuno di essi dovrebbe sopportare nella insolvibilità del condividente debitore (articoli 1030 e 1031).

4. Hanno ipoteca legale il *minore* e l'*interdetto* sui beni del tutore, per i crediti risultanti dall'esercizio della tutela (art. 1969, n. 3). La legge provvidamente ha voluto assicurare gl'interessi di persone incapaci di curare le proprie cose con libero e completo discernimento. Questa ipoteca però può anche non aver luogo nelle due seguenti contingenze: 1° quando il tutore sia dispensato per legge dal fornire qualsiasi cauzione per la gestione tutelare, come nel caso che tutore sia l'avo paterno o materno (art. 292), ovvero, non essendo un ascendente, ne sia dispensato per deliberazione del

consiglio di famiglia; 2° quando il tutore preferisca dare un altro modo di garentia che non sia l'ipoteca (art. 292). I crediti del minore e dell'interdetto protetti da questa ipoteca sono tutti quelli, ma non altri, che dipendono dall'amministrazione tutelare, di cui egli deve rendere il conto, obbligato com'è al pagamento delle somme di cui risultasse debitore verso l'amministrato (art. 302-308). Quindi, sono protetti dall'ipoteca legale, fra gli altri, i crediti di danni ed interessi, originatisi dalla negligente o colpevole amministrazione, per il deterioramento dei beni, diminuzioni di rendite, perdite di capitali, non reimpieghi di fondi, ecc. Ma non sarà garantito d'ipoteca legale il credito, che l'amministrato acquista contro il tutore per causa indipendente dalla tutela, e che egli avrebbe egualmente potuto acquistare contro un altro debitore; meno quando questo credito diventasse esigibile durante la tutela, perchè in tal caso esso va a confondersi con le somme dell'amministrazione generale, per le quali opera l'ipoteca legale. Ora, per tutti questi crediti, che sono in gran parte eventuali e di valore indeterminato dal principio, devesi nella iscrizione indicare una somma, la quale sarà fissata approssimativamente dal consiglio di famiglia; giacchè anche l'ipoteca legale dev'essere, non solo pubblica, ma speciale, e non può operare che sino a concorrenza della somma indicata nella iscrizione (art. 292, 1965, 1983, 1992).

Egualmente, sarà il consiglio di famiglia che indicherà i beni, sui quali sarà iscritta la ipoteca legale; e questi beni possono essere tutti o parte di quelli che il tutore possiede; come spetterà pure al consiglio di famiglia d'indicare, durante il tempo della tutela, i beni su cui iscrivere la ipoteca legale, dalla quale in principio il tutore fosse stato dispensato; o restringere, cancellare del tutto, o allargare la originaria iscrizione (art. 292 e 293).

5. Trattandosi d'ipoteca legale, secondo già avvertimmo precedentemente, questa del n. 3 dell'art. 1969, come ogni altra, dev'essere mantenuta nei rigorosi termini della legge; quindi, essa compete al solo *minore* ed al solo *interdetto* contro il *tutore*. Epperò, non compete, nè al *minore emancipato*, o all'*inabilitato*, contro il

curatore; nè al *minore* contro il *genitore esercente la patria potestà;* e nemmeno al *figlio naturale riconosciuto* contro il genitore che n'è il *tutore legale* (art. 184); perchè anche in questa qualità l'ascendente è dispensato da qualsiasi obbligo di cauzione (art. ed arg. art. 292).

Solo è controverso se ha luogo la ipoteca legale a favore dell'interdetto contro il suo *tutore legale*, ch'è il coniuge, il padre o la madre (art. 330); perchè questo tutore legale non è dispensato *ope legis* dall'obbligo di presentare gli stati annuali dell'amministrazione, come invece ne è dispensato il tutore legale del minore (art. 303-331); e quindi il dubbio se la legge non intenda anche non dispensarlo dall'obbligo della cauzione, di cui tace a suo riguardo, mentre ammette la dispensa per il tutore legale del minore (art. 292). Noi però siamo per la dispensa, giacchè l'art. 329 richiama, a proposito della tutela degl'interdetti, le disposizioni relative alla tutela dei minori, fra le quali si comprende quella dell'art. 292. Che se la legge, per la presentazione degli stati annuali dell'amministrazione tutelare, ha creduto fare al tutore legale dell'interdetto una situazione più rigorosa che al tutore legale del minore, lo ha detto espressamente (art. 331); e non è quindi questa una buona ragione per ammettere, in via di analogia *a contrario*, una situazione più rigorosa anche per l'obbligo della cauzione.

6. S'intende poi che l'ipoteca legale spetterà anche all'*interdetto legale per effetto di condanna*, perchè agl'interdetti legali si applicano le stesse disposizioni, che agl'interdetti giudiziarii rispetto alla tutela (art. 3 Disp. trans.).

Lezione Quinta

Sommario: Della ipoteca legale della *moglie*. — Della ipoteca legale dello *Stato*, della *Parte Civile* e della *Difesa*. — Della ipoteca legale dei *creditori e legatarii del defunto a titolo di separazione dei patrimonii.*

1. Ha ipoteca legale la *moglie* sui beni del marito, per i suoi crediti verso il medesimo dipendenti dalla dote e dai lucri dotali (art. 1969, n. 4). La legge ha voluto sovvenire alla delicata posizione della donna, che, prima o dopo il matrimonio, non facilmente prenderebbe l'iniziativa per un atto che suona diffidenza verso il suo sposo, compromettendo d'altra parte i suoi interessi. Epperò, la legge concede essa direttamente ciò che la parte interessata si asterrebbe dal domandare; ma limita però questa sua intromissione alla garentia delle sole ragioni d'indole dotale, come quelle che, per la loro naturale destinazione, meritano un così speciale favore (art. 1388 e 1398).

La ipoteca legale della moglie, dunque, garantisce la restituzione della dote, e tutte le obbligazioni dipendenti dall'amministrazione di essa, per danni cagionati colpevolmente o negligentemente (art. 1408 e seg.); e non pure gli altri crediti, che a qualsiasi titolo le potessero competere: spillatico, crediti risultanti dall'amministrazione dei beni parafernali, ecc.

Essa ha luogo su tutti i beni che il marito possiede al tempo della costituzione dotale, quantunque il pagamento della dote avvenisse posteriormente; salvo il diritto del marito a domandare la riduzione di una iscrizione eccessiva, a norma degli articoli 2025 e 2026; e salvo che nel contratto di matrimonio la ipoteca non sia ristretta a determinati immobili (art. 1969, n. 4). Trattandosi di somme dotali provenienti da successione, o da donazione di un terzo durante il matrimonio, per lo stesso principio, la ipoteca graverà

sugl'immobili, che il marito possieda nel giorno dell'aperta successione, o della effettuata donazione (art. 1969, n. 4).

2. Se le epoche della costituzione della dote e della celebrazione del matrimonio non coincidono, la ipoteca legale prenderà nascimento dalla prima, anche quando questa precede l'altra. È vero che la legge parla d'ipoteca della *moglie*, e non vi è moglie prima del matrimonio; ma con questo la legge non fa che riportarsi col pensiero al tempo in cui ha luogo il matrimonio, che forma il supposto della sua disposizione, o meglio la condizione sospensiva della costituzione dotale; che perciò, come credito almeno eventuale, è capace di essere garantito d'ipoteca (articoli 1171 e 2007). La questione ha importanza pratica per l'ordine delle iscrizioni ipotecarie; perchè, se un terzo potesse impugnare di nullità, per mancanza di titolo, la iscrizione accesa dalla donna prima della celebrazione del suo matrimonio, egli verrebbe a primeggiarla con la propria iscrizione o trascrizione, eseguita sui beni del marito nello stesso tempo, o anche dopo la iscrizione della donna, ma prima della celebrazione del matrimonio di costei.

Se il matrimonio sia dichiarato nullo (e s'intende già sempre del matrimonio civile, l'unico del quale la legge può occuparsi per la determinazione degli effetti civili), quando era stato contratto in buona fede da entrambi i coniugi, o dalla moglie soltanto, questa continuerà a godere dell'ipoteca legale a garentìa della dote e dei lucri dotali, conservando a suo vantaggio gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo (art. 116).

3. Finalmente godono di una ipoteca legale:

a) lo *Stato*, sopra i beni dei condannati, per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale, compresi in esse i diritti dovuti ai funzionari ed agli ufficiali giudiziari;

b) la *Parte Civile*, sopra gli stessi beni, pel risarcimento dei danni aggiudicati nella sentenza di condanna;

c) la *Difesa*, sempre sugli stessi beni, pel compenso ed onorario dovuti al procuratore del giudicabile (art. 1969, n. 5).

Questa ipoteca legale trova fondamento, da una parte, nella protezione speciale che meritano i diritti del Fisco, e quelli di una persona danneggiata ingiustamente; e d'altra parte, nel fatto che al Fisco ed alla Parte Civile mancherebbe la possibilità di assicurarsi una garentia contrattuale, che certo il reo non vorrebbe concedere. Per la Difesa poi soccorre la considerazione di agevolare l'esercizio di un così sacro istituto, nell'interesse stesso del giudicabile. Anzi la legge accorda una preferenza ai diritti della Difesa su quelli dello Stato e della Parte Civile (art. 1969, in fine).

Noi crediamo che la ipoteca legale spettante a questi tre enti non sia che una sola, estendente a tutti e tre i suoi risultati. Il titolare di questa ipoteca, come risulta dalla redazione stessa dell'articolo, è lo Stato, con partecipazione del suo beneficio alla Parte Civile ed alla Difesa; altrimenti non si comprenderebbe la preferenza concessa a quest'ultima; perchè, ammessa la indipendenza di ciascuna ipoteca, non si potrebbe fare uno strappo al principio della poziorità del diritto secondo la priorità della iscrizione (art. 2008). Crediamo però, che la Parte Civile e la Difesa possano farsi parti diligenti per la iscrizione dell'ipoteca legale, la quale sarebbe sempre accesa in nome dello Stato; e possano iscriverla essi direttamente, come interessati, e trattandosi di un semplice atto di conservazione, pel quale può ammettersi finanche la semplice gestione. Nelle spese di giustizia, pel ricupero delle quali lo Stato gode dell'ipoteca legale, si comprendono quelle incontrate per perizia, accessi sopra luogo, indennità ai testimoni e giurati, diritti di trasferte di magistrati, uscieri, cancellieri, forza pubblica, ecc.

La Parte Civile poi con l'ipoteca legale protegge le spese incontrate a causa della sua *costituzione;* quindi le spese della propria difesa, quelle che fosse costretta ad anticipare in favore dell'erario (art. 562 Proc. pen.), e i danni-interessi dipendenti dal reato di cui è stata vittima, e che le sono *stati aggiudicati nella sentenza di condanna.* Ciò che risolve perentoriamente il dubbio sollevato da alcuno, se per *Parte Civile*, di cui nell'art. 1969, debba intendersi la parte danneggiata che si costituisce nel giudizio penale, o semplicemente la parte danneggiata che si riserbi far valere le sue ragioni in giu-

dizio civile separato; ed alla quale naturalmente non potrebbero essere aggiudicati i danni nella sentenza di condanna penale, dei quali parla l'art. 1969.

4. Questa ipoteca legale grava sui beni, che il giudicabile possiede sin dal momento del semplice mandato di cattura; perchè sin da questo momento la legge autorizza la relativa iscrizione, onde evitare che prima della condanna il giudicabile alieni i suoi beni, per sottrarli alle azioni dello Stato, della Parte Civile e della Difesa. È il credito eventuale di costoro che la legge protegge, salvo naturalmente la nullità della iscrizione, in seguito a sentenza di assoluzione. S'intende pure come, intervenuta la sentenza di condanna, la ipoteca grava sui beni che il condannato si trova possedere anche in questo momento; perchè è proprio quella sentenza il titolo costitutivo della ipoteca; e di regola la ipoteca colpisce i beni, che sono nel patrimonio del debitore nel momento della sua costituzione e vi perdurano al momento della iscrizione (n. 3 e 4 dell'articolo 1969).

Quid dei beni pervenuti al condannato dopo la condanna? Noi crediamo non possano essere colpiti dalla ipoteca legale; perchè la regola è, e per la ipoteca legale, e per la convenzionale, che il vincolo ipotecario non colpisca i beni futuri (art. 1977 e 1969, n. 3 e 4); e solo si fa eccezione per la ipoteca giudiziale (art. 1986). Se non che, in quanto la sentenza penale contenga condanna del reo al risarcimento dei danni ed al pagamento delle spese, si produce, insieme alla legale, una ipoteca giudiziale (art. 1970), sul titolo della quale la iscrizione potrà anche colpire i beni futuri (art. 1986).

In caso di arresto in flagranza di reato, tiene luogo di mandato di cattura, per la possibilità di accendere subito iscrizione sui beni attualmente posseduti dall'arrestato, l'ordinanza della Camera di Consiglio che conferma l'arresto. Il mandato di semplice comparizione non basterebbe.

Se il giudicabile muoia in pendenza del giudizio, la ipoteca legale non ha più luogo, perchè non è più possibile la sentenza di con-

danna, che forma il titolo di essa; e deve radiarsi la iscrizione accesa al momento del mandato di cattura, perchè quella iscrizione era presa per un credito eventuale, che oggi non può più essere dichiarato esistente nel giudizio penale. Vuol dire che, se in separata sede la Parte Civile agirà nel suo interesse, provata la sussistenza delle sue ragioni, potrà iscrivere una *ipoteca giudiziale* in base alla sentenza civile di condanna; ma solo dal momento della pubblicazione di essa (art. 1970, 1986).

5. Oltre le ipoteche legali riconosciute ed enumerate nell'articolo 1969, il Codice civile stabilisce un'altra garentia immobiliare, la quale si riduce ad una vera e propria ipoteca legale. Questa è la ipoteca, che spetta ai creditori e legatarii del defunto sui beni della eredità di costui, a titolo di *separazione dei patrimonii* (art. 2060). Il fatto che il Codice se ne occupa in sede separata dalle altre ipoteche legali, si spiega per la connessione di essa col contemporaneo privilegio sui mobili della successione, spettante ai medesimi creditori e legatarii del defunto (art. 2055 e 2059); onde l'opportunità di organizzare a parte tutto l'istituto della separazione dei patrimoni, anche per le altre speciali regole che lo governano (articoli 1032, 2054 e seg.). Ma quel fatto non altera punto nè poco la sostanza di vera e propria ipoteca legale, ch'è forza riconoscere nella garentia spettante ai creditori e legatarii del defunto sugl'immobili della successione; non solo perchè siffatta garentia si esercita con la formalità della iscrizione ipotecaria (art. 2060); ma anche perchè, con espresso richiamo della legge, tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni sopra gl'immobili della eredità (art. 2065). Unica specialità di cotesta ipoteca legale è la retrotrazione della sua iscrizione, purchè accesa nei tre mesi dall'aperta successione, al momento della morte del *de cujus* (art. ed arg. art. 2062); ma noi vedremo che anche la ipoteca legale dell'alienante, di cui nel n. 1 dell'art. 1969, è organizzata in modo che la sua efficacia si produce così come se la sua iscrizione retroagisse al momento della costituzione del suo titolo (articoli 1985 e 1942).

D'altronde, questo punto, che concerne l'indole e la natura del diritto di separazione dei patrimoni circa gl'immobili della successione, è stato da noi ampiamente svolto nel nostro speciale trattato di quell'istituto, ed al quale ci riportiamo (1).

Lezione Sesta

Sommario: Della ipoteca giudiziale, che emana dalla *sentenza di condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni.* — Cotesta sentenza non produce la ipoteca giudiziale, se pronunziata contro una eredità giacente o accettata con beneficio d'inventario.

1. La ipoteca giudiziale è quella che promana direttamente dalla sentenza di condanna del debitore, contro il quale perciò sarà accesa dal creditore una iscrizione, cui prima non aveva diritto, nè per legge, nè per contratto. La quale ipoteca giudiziale è un *effetto* di quella sentenza, che perciò non ha bisogno di pronunziarla nel dispositivo, come non vi è bisogno che sia domandata dal creditore nel libello introduttivo e nel corso del giudizio (art. 1970).

Questa ipoteca si spiega per una ragione storica, ma nel diritto vigente non può giustificarsi. Quando l'atto *autentico contrattuale* produceva di per sè stesso, senza bisogno di speciale convenzione, una ipoteca generale a favore del creditore, era logico attribuire la medesima efficacia alla sentenza, atto esso stesso autentico. Ma quando all'autenticità dell'atto contrattuale fu tolta la forza produttiva di una ipoteca, non vi era alcuna ragione per conservarla alla sentenza. La quale, come atto semplicemente *dichiarativo*, e non attributivo, di diritti, spettanti alle parti per legge o per contratto,

(1) Melucci, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (Unione Tip.-Edit., Torino, 1878).

non può modificare lo stato dei loro rapporti giuridici, ai quali spiana soltanto la via della loro esecuzione forzata; e noi supponiamo appunto che in cosiffatti rapporti giuridici, prima della sentenza, il vincolo ipotecario non era venuto per nessun mezzo a stabilirsi.

Ma si sarà creduto utile per ragioni pratiche derogare a questi principii di logica giuridica; perchè un debitore, che si lascia perseguire in giudizio, vien meno alla fiducia in lui riposta dal creditore, cui perciò vuolsi soccorrere con una garentìa speciale contro altre macchinazioni del debitore, fatte sospette dalla circostanza ch'egli ha già cominciato a contravvenire ai suoi impegni, non soddisfacendoli spontaneamente.

2. Perchè la sentenza costituisca un titolo d'ipoteca a favore del creditore che l'ha ottenuta, deve contenere *condanna a pagamento di una somma, a consegna di cose mobili, o ad adempimento di obbligazione che possa risolversi in risarcimento di danni* (art. 1970). Non è però necessario che la condanna si riferisca ad una somma determinata; basta che cada sul pagamento di quantità, come per es. al pagamento di un danno in genere, di cui il magistrato rimetta ad altra sede o ad altro tempo la definitiva liquidazione; perchè attualmente la obbligazione del debitore è accertata, e sussiste la ragione di proteggerla, secondo la intenzione del legislatore; nel qual caso troverà applicazione l'art. 1992. Dicasi lo stesso per la sentenza portante condanna alla consegna di cose mobili; perchè chi ha diritto alla consegna fisserà nella iscrizione della sua ipoteca giudiziale la somma che lo garantisca nel valore economico del suo diritto, che può essere assai diverso rispetto alle identiche cose che il convenuto debba consegnargli, secondo che questa consegna debba essere fatta a titolo di proprietà o di semplice godimento, e secondo il tempo del godimento; la legge in proposito non distinguendo la natura del titolo giuridico della consegna: se per vendita, usufrutto, prestito, locazione, pegno, ecc.

In quanto alla sentenza portante condanna all'adempimento di una obbligazione che possa risolversi nel risarcimento dei danni,

essa può riflettere, tanto una obbligazione di dare, quanto di fare o di non fare, sia pure essa eseguibile in ispecie dal creditore stesso a spese del debitore; perocchè, se questa esecuzione costituisce una sua facoltà e non un suo obbligo (art. 1220, 1222), in ogni caso il creditore godrà della ipoteca per il rimborso di quanto avrà egli speso nella esecuzione, e che costituisce il suo credito di risarcimento.

La sentenza portante condanna alla consegna d'immobili non produce l'ipoteca giudiziale; perchè, o la consegna deve aver luogo in base ad un diritto reale dell'attore, e questi non può temere la perdita dell'immobile, sul quale avrà in altro modo assicurato e conservato il suo diritto, mercè la trascrizione (art. 1932 e 1933); o la consegna deve aver luogo in base ad un suo diritto personale, e potrà ottenerla in via di esecuzione della sentenza, salvo il suo posteriore diritto al risarcimento, e pel quale godrebbe, intervenuta la nuova sentenza, dell'ipoteca giudiziale, quando il condannato avesse pregiudicata la effettuabilità della consegna.

Ciò però non esclude che, con la sentenza portante condanna a consegna d'immobili, vi sia anche condanna per risarcimento in caso di temuto ritardo della consegna; nella quale ipotesi l'attore avrà diritto d'iscrivere ipoteca a questo titolo, pel suo credito eventuale di danni-interessi.

3. La sentenza che produce ipoteca giudiziale è quella che contenga una condanna ai termini dell'art. 1970, quale che poi sia la giurisdizione da cui essa promana: civile, penale, amministrativa, consolare; bastando che la giurisdizione sia contenziosa, e munita di forza esecutiva riconosciuta dalla legge. La circostanza che in caso di giudizio penale la parte goda di una ipoteca legale, secondo il n. 5 dell'art. 1969, non esclude che in base alla sentenza acquisti anche l'ipoteca giudiziale, che varrà a proteggerla meglio, in applicazione dell'art. 1986, estraneo all'ipoteca legale.

È anche indifferente il grado di giurisdizione nel quale la sentenza è pronunciata: se in prima istanza, o in appello; la condizione di cosa giudicata non essendo richiesta, e non potendolo, senza con-

traddire allo scopo dell'istituto. Per la stessa ragione sarà produttiva dell'ipoteca giudiziale la sentenza di condanna in contumacia.

In dipendenza di tutto ciò, è naturale che producano ipoteca legale le sentenze degli arbitri, ma non prima però che acquistino forza esecutiva con provvedimento dell'autorità giudiziaria, in conformità dell'art. 24 Proc. civ. (art. 1972).

4. Nello stesso modo, le sentenze pronunziate dall'autorità giudiziaria straniera non possono produrre l'ipoteca giudiziale sui beni situati nel nostro regno, se non quando abbiano acquistato forza esecutiva nel regno stesso, mercè giudizio di delibazione pronunziato dalla nostra autorità giudiziaria, in conformità degli art. 941 e seg. Proc. civile; salve le disposizioni contrarie delle convenzioni internazionali, che potrebbero diversamente provvedere (art. 1973).

Ad ogni modo, la sentenza dell'autorità giudiziaria straniera, per quanto resa esecutiva nel regno, e salve le convenzioni internazionali, non potrebbe produrre l'ipoteca sui beni situati in Italia, se non con questa duplice condizione: che cioè, da una parte, contenga i caratteri ed i requisiti intrinseci necessarii a produrre ipoteca, *secondo il disposto del nostro art.* 1970, quantunque nello Stato in cui è pronunziata quella sentenza sia operativa d'ipoteca anche all'infuori di quei termini; e dall'altra parte, essa deve possedere l'efficacia produttiva d'ipoteca nello Stato in cui è pronunziata, secondo le leggi in esso vigenti. Perocchè la sentenza straniera, come non può produrre nel nostro Stato un effetto, che quivi non possa produrre la nostra sentenza; così non può acquistare nel nostro Stato un effetto, che non le appartiene nel suo Stato, quantunque la nostra sentenza l'abbia nel nostro. Epperò una sentenza dell'autorità giudiziaria francese portante condanna all'adempimento in genere di una obbligazione *che non si possa risolvere nel risarcimento dei danni*, non produrrà l'ipoteca giudiziale sui beni del debitore situati in Italia; e la sentenza dell'autorità giudiziaria belga, benchè portante condanna a pagamento di una somma, nemmeno produrrà la ipoteca sui beni del debitore situati in Italia. Nel primo caso, alla sentenza manca un requisito che il nostro Codice richiede per la

ipoteca giudiziale; nel secondo, manca alla sentenza la virtù originaria di produrre ipoteca, la legge belga non riconoscendo l'ipoteca giudiziale.

L'ipoteca giudiziale colpisce tutti i beni del debitore, non solo presenti, ma anche *futuri*, sui quali però non è iscrivibile che in modo da non riprodurre affatto i caratteri della vecchia ipoteca generale, con la quale ha soltanto un'apparenza di analogia, siccome sarà dimostrato a suo luogo (art. 1986).

5. Importante disposizione è quella dell'art. 1971, per la quale è tolta alla sentenza di condanna l'efficacia operativa d'ipoteca *sui beni di una eredità giacente, o accettata con beneficio d'inventario.* Disposizione che bisogna interpretare nel senso: di non aver tale efficacia la sentenza ottenuta dal creditore contro l'eredità giacente o beneficiata, chiamata in giudizio e condannata a di lui favore; e non già nel senso: che, possedendosi dal creditore un'ipoteca legale, *giudiziale*, o convenzionale, e non ancora iscritta sui beni del debitore, non la si possa più iscrivere, dopo la morte di costui, su quei beni che ora ne costituiscono la eredità, o giacente, o accettata con inventario. L'art. 1971 dice che la sentenza *non produce ipoteca* sui beni dell'eredità giacente o beneficiata; mentre con la sentenza, che supponiamo il creditore abbia già ottenuto contro il suo debitore vivente, l'ipoteca si è già *prodotta* sopra i suoi beni, e non le resta che rendersi attiva con la *iscrizione*, la quale è solo un mezzo di conservazione dell'ipoteca stessa. Tanto più è da accogliere questa interpretazione, in quanto la dizione dell'art. 1971 è stata modificata rispetto a quella dell'art. 2146 del Cod. Nap., ove è detto che le *iscrizioni* non producono effetto fra i creditori di una successione, se fatte dopo l'apertura della successione accettata con beneficio di inventario. Se anche questo fosse stato il pensiero del nostro legislatore, non avrebbe usato un così diverso significativo linguaggio nel nostro art. 1971. Lo che poi acquista maggiore evidenza, considerando che il nostro art. 1996 ammette, in via generale, l'*iscrizione* di una ipoteca sui beni del debitore dopo la morte di costui, senza distinguere se cotesti beni cadono in eredità di accettazione

pura e semplice, o in eredità giacente, o accettata con beneficio di inventario; bastando che il titolo ipotecario fosse acquisito al creditore durante la vita del debitore; ciò che per altro pur sosteneva in teoria, contro il disposto del Codice Napoleone, la dottrina francese.

6. La disposizione dell'art. 1971 poggia sulla considerazione, che, in caso di eredità giacente o con beneficio d'inventario, i suoi creditori non possono sperare altra garantia pel soddisfacimento dei loro crediti, che non sia quella fornita dai soli beni della eredità, non vi essendo più un debitore che risponda delle sue obbligazioni personalmente, anche con i beni futuri (art. 1948). Epperò giustizia vuole che in un comune disastro tutti conservino la loro attuale posizione, anche per non creare una condizione di favore a quelli fra i creditori, che prima ne hanno notizia; come avviene anche in caso di fallimento (art. 707 e 709 Cod. comm.). D'altronde, come la eredità giacente o beneficiata ed il fallito mancherebbero di capacità a consentire una ipoteca *ex novo*, a favore dell'uno piuttosto che dell'altro creditore, così non hanno qualità per essere condannati, all'identico effetto di procurare quella ipoteca in beneficio di un creditore ed a detrimento di un altro. Quello che la legge non ha permesso faccia il debitore, non poteva farlo essa stessa. Al contrario, nè la giustizia, nè la buona fede sono offese dal fatto che, acquistata validamente ed in tempo utile una ipoteca, se ne prenda l'iscrizione più tardi, quando i beni ipotecati cadano nell'eredità giacente, o beneficiata, o nel fallimento; l'altro creditore non dovendo trar profitto da un ritardo che il creditore ipotecario avrebbe potuto evitare, e che non ha recato a lui nocumento diretto (art. 710 Cod. comm.).

7. Il creditore personale dell'erede beneficiato, ottenuta sentenza di condanna contro di lui, potrà iscrivere la sua ipoteca giudiziale anche sui beni dell'eredità, che il suo debitore accetta con beneficio d'inventario; beni ch'egli ha il diritto di considerare appartenenti all'erede, almeno nel loro residuo valore, dopo soddisfatti i creditori e legatarii del defunto; o anche per l'intero, nel caso even-

tuale di rinunzia o decadenza dall'inventario. Nè ciò è di pregiudizio ai creditori e legatarii del defunto; i quali, non ostante le ipoteche accese sui beni dell'eredità, avranno sempre la preferenza sui creditori particolari dell'erede, tutte volte che la liquidazione dell'asse ereditario avverrà col regime del beneficio d'inventario (art. ed arg. art. 969); mentre, contro il pericolo di una rinunzia o decadenza dell'erede dal beneficio, essi possono premunirsi, domandando la separazione dei patrimonii; col qual mezzo conserveranno egualmente la loro prelazione sui beni ereditarii (art. 2058 e 2065).

Lezione Settima

Sommario: Della ipoteca convenzionale. — Suo carattere *contrattuale*. — Esclusione dal nostro diritto di una ipoteca *testamentaria*. — Necessità dell'atto scritto per la costituzione della ipoteca convenzionale.

1. Sebbene il Codice non dia la definizione dell'ipoteca *convenzionale*, nondimeno cotesto appellativo, ch'esso le attribuisce nell'articolo 1968, e nella intitolazione della Sezione III, Capo II, Titolo XXIII, Libro III, è sufficiente a darcene la compiuta nozione. La ipoteca convenzionale perciò, come esprime la stessa parola, è quella che risulta dalla libera *convenzione* delle parti, creditore e debitore (o un terzo che vincola i suoi beni per garantire l'obbligazione altrui, art. 1964), dal *contratto*, rivolto a costituire siffatta garentia. Bisogna dunque escludere il concetto di una ipoteca semplicemente *volontaria*, basata cioè sulla volontà unilaterale dell'ipotecante, e che includerebbe la validità di una ipoteca testamentaria, costituita cioè per testamento, che è atto essenzialmente unilaterale, e della quale ci occuperemo più diffusamente di qui a poco.

Lasciando per ora da parte la maggiore o minore bontà intrin-

seca di una ipoteca volontaria, nel senso di una sua costituzione per *attounilaterale* a causa di morte o tra vivi, essa deve escludersi dal nostro diritto per la regola dell'interpretazione restrittiva, la quale s'impone alle disposizioni legislative del sistema ipotecario. Se la legge dunque parla d'ipoteca convenzionale, noi non possiamo alterare il chiaro significato di questa parola, tanto più che nessun argomento desumibile dai testi ne mette in dubbio intorno alla esatta rispondenza di quel vocabolo col pensiero del legislatore. Perciò, promessa e dichiarata formalmente per iscritto dal debitore, o dal terzo, costituita la ipoteca sui loro beni a favore di un creditore assente, insciente, o semplicemente silenzioso intorno all'acquisto di cotale proffertagli garentia; quelli potranno sempre, *rebus sic stantibus*, ritirare la loro dichiarazione; appunto perchè non vi è che una semplice *pollicitatio* e non un *contratto* di costituzione ipotecaria, il *duorum in idem placitum consensus*.

2. Ciò che forse ha potuto dar luogo ad una diversa interpretazione della ipoteca convenzionale, è il confondere l'*atto* unilaterale col *contratto* unilaterale. La ipoteca convenzionale dà luogo ad un contratto unilaterale, perchè è il solo ipotecante quello che si obbliga, e non pure il creditore cui è data la ipoteca (art. 1100); non diversamente ch'è un contratto unilaterale la donazione, il mutuo, ecc. Ma, appunto perchè *contratto*, suppone sempre l'accordo delle due o più parti contraenti (art. 1098), mentre l'*atto unilaterale* si riduce alla manifestazione di volontà del solo agente; come, oltre che nel testamento, avviene nelle rinunzie in genere, e negli atti di ricognizione di titoli e diritti altrui, o nelle varie forme di *abbandono* dei proprii beni.

Nondimeno, l'accettazione dell'offerta ipoteca può farsi dal creditore posteriormente e con atto separato, sempre, bene inteso, che l'offerta sia persistente. Perocchè, se alla formazione del contratto occorre l'incontro delle due volontà, non è necessario che la concorde manifestazione di queste due volontà abbia luogo nello stesso momento; basta che l'una raggiunga l'altra ancora in tempo utile. In tal caso la ipoteca convenzionale acquisterà la sua giuridica esi-

stenza dall'istante in cui il consenso del creditore, che l'accetta, si incontra con quello del debitore o del terzo, che la offre.

3. E possiamo anche spingerci a ritenere che siffatta accettazione sia valida anche se fatta tacitamente; val dire, che offerta la ipoteca dal debitore in atto scritto e con tutti gli altri estremi voluti dalla legge, il creditore la rende definitivamente costituita col solo procedere alla sua iscrizione, se in questo momento perdura l'offerta. Di fatti, da una parte, il creditore con la eseguita iscrizione dimostra necessariamente di accettare la ipoteca; e dall'altra parte, quest'accettazione è racchiusa pur essa in un atto scritto, qual'è la nota della iscrizione da presentarsi al conservatore per eseguirla sui registri (art. 1987). È vero che la possibilità della iscrizione suppone già avvenuta la costituzione dell'ipoteca, e quindi l'accettazione del creditore; però niente impedisce di concepire che la nota per la iscrizione adempia al doppio e contemporaneo ufficio: di consacrare cioè anzitutto, indirettamente sì ma evidentemente, cotesta accettazione; e poscia di assicurare l'efficacia del vincolo di fronte ai terzi, mercè la diretta domanda che il creditore ne presenta al conservatore. Sicchè sopra una tal questione, in fondo, noi siamo d'accordo col Laurent, uno dei pochissimi scrittori, che negano la validità di una accettazione tacita di offerta d'ipoteca mercè la iscrizione. Egli difende questa tesi in applicazione del Codice Napoleone e della legge ipotecaria belga, secondo cui il contratto d'ipoteca è *solenne*, non solo dal punto di vista della necessità dell'*atto scritto*, ma eziandio della necessità di un *atto autentico;* e poichè l'autenticità non può non riferirsi a tutte le parti dell'atto, cioè, così alla proposta dell'ipotecante, come all'accettazione del creditore, ha ragione di escludere quest'accettazione indiretta che si trova nella nota d'iscrizione, la quale, se è un atto scritto, non è un atto autentico. Ma pel nostro Codice, che ad una valida costituzione d'ipoteca dichiara sufficiente la privata scrittura, come vedremo, codesta difficoltà è evitata; e col rispetto ai principii possiamo fare la debita parte alle esigenze della pratica, per le quali appunto la dottrina e la giurisprudenza francese e belga si sono messe in contraddizione con la legge scritta.

4. Come più sopra dicevamo, determinato il concetto della ipoteca *convenzionale*, resta esclusa nel nostro diritto una ipoteca testamentaria, costituita cioè per testamento; la quale non poteva essere ammessa che espressamente dal Codice, come una quarta specie di ipoteca, accanto alla legale, la giudiziale e la convenzionale. Non vale l'osservare, che se al testatore è permesso di disporre della piena proprietà dei suoi beni, o dei diversi smembramenti di essa per atto di ultima volontà, solo per questo gli è anche lecito d'imporre sopra i suoi immobili il vincolo ipotecario; perocchè cotesto istituto, per le sue attinenze al pubblico interesse, è stato dal legislatore organizzato come *jus singulare*, e quindi da esso governato in tutte le sue parti, sottraendolo ai principii generali di diritto. Di ciò è una riprova il fatto che la legge ipotecaria belga del 1851, a dar vita all'ipoteca testamentaria, ha dovuto riconoscerla espressamente, cominciando col dire: che l'ipoteca è legale, convenzionale *o testamentaria* (art. 43 — non è ammessa la ipoteca giudiziale), e determinando poi, con una separata disposizione, che l'ipoteca testamentaria è quella la quale è stabilita dal testatore sopra uno o più immobili specialmente designati nel testamento per garentia dei legati da lui fatti (art. 44). E così pure nei due progetti Miglietti e Pisanelli del Codice civile italiano, qualche fautore dell'ipoteca testamentaria ne proponeva l'*aggiunta* alle ipoteche legale, giudiziale e convenzionale, enumerate negli articoli corrispondenti al testo definitivo dell'art. 1968 del Codice vigente. Ma la proposta non fu accettata e fu mantenuta invece la prima tripartizione. Ed è notevole che nella discussione fatta su quella proposta furono espresse le ragioni del suo non accoglimento, consistenti sopra tutto in ciò: che nel modo col quale nel nostro Codice veniva organizzato l'istituto della separazione dei patrimoni, la ipoteca testamentaria si rendeva superflua; perocchè le persone, in considerazione delle quali la si voleva introdurre, non avrebbero con essa potuto meglio provvedere alla loro sicurezza, che con la separazione. Lo che era vero, come ora chiariremo; benchè poi ad una ragione così pratica e concludente si frammischiassero altre erronee e confuse dichiarazioni da parte degli opponenti; e dalle quali qualche scrittore forse è stato indotto

ad ammettere nel nostro diritto la validità della ipoteca testamentaria, come *compresa* nella convenzionale! Noi non abbiamo bisogno d'insistere sulla falsità di questo concetto, a cui nulla toglie la circostanza di vederlo adombrato nei lavori preparatorii, le cui discussioni, quando non hanno una congrua corrispondenza al testo della legge, e si allontanano dai veri principii di diritto, sono del valore di una qualunque privata opinione, discutibili alla stregua dei comuni criteri di ragione.

5. E noi non deploriamo affatto che il nostro Codice non abbia voluto riconoscere l'ipoteca testamentaria, il cui ufficio sarebbe presso che nullo, nella compagine degl'istituti che si riannodano al sistema delle garentie. Di fatti, avrebbe voluto il testatore, con la sua ipoteca concessa *in extremis*, assicurare la sorte dei suoi creditori e dei suoi legatarii sopra i proprii beni immobili, contro il pericolo delle dissipazioni ed alienazioni che ne avesse fatto l'erede? Ma, e creditori e legatarii possono essi stessi direttamente salvaguardarsi da cotesti rischi, mercè la separazione che dimandino dei due patrimoni, sottraendo alla libera disposizione dell'erede, non solo gl'immobili, ma anche i beni mobili del defunto (articolo 2054 e seguenti). Avrebbe voluto il testatore con la sua ipoteca testamentaria dare ad un creditore una causa di preferenza sull'altro? Il suo desiderio sarebbe stato immorale, e la legge in ogni modo glielo avrebbe vietato; perchè quest'altro creditore, domandando la separazione, avrebbe alla sua volta conseguito su quegl'immobili un'ipoteca di pozior grado che la testamentaria, la quale non avrebbe potuto iscriversi che qualche tempo dopo la morte del *de cujus*, almeno dopo l'apertura del testamento; mentre l'ipoteca a titolo di separazione di patrimoni, purchè iscritta entro i tre mesi, si considera iscritta nel momento stesso dell'apertura della successione (art. 2062). Tanto meno avrebbe potuto il testatore voler dare la preferenza ai legatarii sui suoi creditori, perchè costoro, sempre col beneficio della separazione, avrebbero fatto valere il principio: *legata non debentur, nisi deducto aere alieno* (art. 2064 e 822).

Che se finalmente il testatore avesse voluto assicurare la posi-

zione di un legatario su quella di un altro, come ne ha il diritto, benissimo egli raggiungerebbe l'intento, dichiarando nel testamento: che, se i suoi beni non bastino a coprire tutti i suoi legati, essi siano impiegati a soddisfare prima il legato di Tizio e poi quello di Mevio (art. ed arg. art. 825), senza bisogno di accordare all'uno un'ipoteca che non concede all'altro!

Resterebbe dunque solo che con la ipoteca testamentaria l'ipotecante volesse garantire un'obbligazione altrui, o per rendere servizio al debitore, o per far favore al creditore. Ma, a questo scopo egli può anche altrimenti provvedere, con un legato per esempio condizionale a favore di tal creditore, se questi non possa soddisfarsi sui beni del suo debitore. Non presentandosi, quindi, per nessuna pratica applicazione la necessità o utilità di una ipoteca testamentaria, non è biasimevole il nostro legislatore di non averla riconosciuta, non portando così un ingombro nel meccanismo del giure, e non moltiplicando di più le forme dei vincoli della proprietà immobiliare.

6. La ipoteca convenzionale, dispone l'articolo 1978, *deve costituirsi* per atto pubblico, o per scrittura privata. L'atto scritto, dunque, è richiesto *ad solemnitatem*, cioè per l'esistenza stessa del contratto d'ipoteca, e non pure per la semplice prova del medesimo. Su tal punto non può esservi dubbio, vuoi per la formola imperativa dell'art. 1978, vuoi per il collegamento di questo all'art. 1314; nel quale è detto: che *devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità*, oltre che gli atti ivi enumerati dal n. 1 al n. 7, *gli altri atti specialmente indicati dalla legge* (n. 8); fra i quali appunto incontriamo l'atto costitutivo d'ipoteca, che la la legge comanda espressamente sia fatto per atto pubblico, o per scrittura privata, nell'art. 1978.

La necessità della scrittura per la costituzione della ipoteca è richiesta dalla necessità della certezza e serietà di volontà del costituente riguardo ad un atto così importante, operativo di un vincolo della proprietà immobiliare. Basta però la privata scrittura, e neppure occorre che la sottoscrizione del costituente sia autenticata da notaio, o accertata giudizialmente. Questa formalità sarà necessaria

più tardi, quando il creditore vorrà procedere all'iscrizione dell'ipoteca (art. 1989); necessità veramente che, d'ordinario, indurrà le parti a costituire l'ipoteca per atto pubblico, o per scrittura privata fornita di autenticazione della firma del costituente, onde evitare ripetizioni di atti, giacchè se il creditore stipula la ipoteca non è che per renderla efficace con la iscrizione. Ma, ad ogni modo, resta fermo il principio che al creditore l'ipoteca è validamente acquisita con la semplice privata scrittura del debitore, il quale perciò non può più privarlo della costituita garentia; e che se più tardi non vorrà spontaneamente far autenticare da notaio la sua sottoscrizione onde il creditore possa iscrivere, questi la farà dichiarare riconosciuta in giudizio; e così pure in caso di morte, o d'incapacità, dell'ipotecante, sopraggiunta dopo la costituzione dell'ipoteca per privata scrittura e prima della iscrizione.

7. La ragione di questa differenza di forme per la costituzione e la iscrizione dell'ipoteca sta in ciò: che l'una concerne soltanto i rapporti fra creditore e debitore, o datore d'ipoteca; e la legge non ha motivo di preoccuparsi anche di una falsificazione di scrittura, perchè sino a quando l'ipoteca resta occulta, *inter partes*, non pregiudica il diritto ed il credito della persona, sui beni della quale si pretende gravi quella ipoteca. È invece nel momento che l'ipoteca è resa pubblica con la iscrizione che una falsificazione di scrittura e di sottoscrizione del preteso costituente riuscirebbe pregiudizievole, e a costui, e ai terzi. Al primo, perchè, sino a quando non venisse a capo di dimostrare e far dichiarare la falsità, egli vedrebbe pubblicamente pregiudicato il suo credito, con un vincolo che non ha concesso sulla sua proprietà. Agli altri, che, o vedendo questo vincolo, si asterrebbero dal contrattare coll'ipotecante apparente; o, come i cessionarii del credito iscritto, i quali, un bel giorno dimostrata la falsità, si troverebbero di avere acquistato un credito semplicemente chirografario. Epperò, si è creduto opportuno prevenire questi possibili pericoli, richiedendosi l'autenticità o il riconoscimento giudiziale della sottoscrizione del costituente, come condizione della iscrizione dell'ipoteca sopra i suoi beni. È quello che avviene

anche nel trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali immobiliari, pel quale basta la privata scrittura, nei rapporti fra le parti contraenti (art. 1314), richiedendosi invece l'autenticazione o l'accertamento giudiziale della sottoscrizione dell'alienante, quando il trasferimento lo si vuol rendere operativo rispetto ai terzi, mercè la trascrizione del titolo (art. 1935).

8. Da ultimo, si noti che lo scritto, e la autenticazione o accertamento giudiziale della sottoscrizione dell'ipotecante, sono richiesti per l'atto costitutivo dell'ipoteca e per la successiva sua iscrizione, ma non per il titolo del credito garantito; il qual credito è regolato, in quanto alla forma, dalle regole del diritto comune; e se è nato prima della ipoteca, come credito semplicemente chirografario, può aver avuto origine anche da una convenzione verbale.

Ora esamineremo il contenuto di cotesto atto costitutivo della ipoteca.

Lezione Ottava

Sommario: Dell'atto costitutivo dell'ipoteca convenzionale. — Suo contenuto: *determinazione specifica dei beni ipotecati e del credito garantito.* — Specialità riguardo ai beni. — Inipotecabilità dei beni futuri. — Perimento e deteriorazione degl'immobili ipotecati. — Specialità riguardo al credito garantito. — Ipoteca del credito futuro e del credito aperto in conto corrente.

1. L'atto costitutivo d'ipoteca, mirando a stabilire cotesta speciale garentia dell'obbligazione, deve in principal modo, non tenendo conto delle modalità secondarie comuni a tutte le specie di convenzioni, stabilire gli elementi sui quali la garentia medesima funziona; e cioè: i *beni*, che si vogliono vincolare per la maggior sicurezza del creditore; e il *credito*, pel quale l'assicurazione è fornita.

Questi due elementi precipui dell'atto costitutivo d'ipoteca, beni e credito, devono anzitutto essere rivestiti del carattere della *specialità*, che ora esamineremo distintamente rispetto agli uni ed all'altro.

La specialità, riguardo ai beni, nell'atto costitutivo dell'ipoteca è osservata, secondo il precetto della legge (art. 1979), con la designazione specifica di essi, indicante: la loro natura (rustica o urbana, se ad uso di abitazione o diverso, se incolto o di un dato genere di coltura, ed altre più o meno particolari designazioni); il Comune dove si trovano situati; il numero del catasto o delle mappe censuarie, dove esistono, e sotto il quale trovansi annotati; e tre almeno dei loro confini.

Una così fatta specialità è essenziale nella costituzione della ipoteca, e deve assolutamente precedere quella che si attua nella iscrizione. Essa interessa non solo i terzi, ma lo stesso ipotecante; onde questi sappia da principio di quali beni gli rimanga la libera disposizione, e sui quali il creditore non possa, anche apparentemente, imprimere un onere che scemi il credito suo di proprietario; mentre che d'altra parte, non determinati da principio i beni sottoposti ad ipoteca, il creditore tenderebbe sempre ad allargare la sua iscrizione, e l'ipotecante dovrebbe, volta per volta, procedere ad un giudizio di riduzione e di cancellazione d'iscrizioni. L'ipoteca dunque nascerebbe invalida, o meglio non esisterebbe senza questo carattere di specialità applicato ai beni, altro non potendo essere la sanzione del disposto degli articoli 1965 e 1979.

2. L'articolo 1979 poi determina i criterii pratici di questa specialità, che saranno in seguito osservati anche nella iscrizione; criterii però che non hanno un carattere assolutamente formalistico e sacramentale, non avendo essi di mira che conseguire la identificazione e determinazione dei beni ipotecati; e per la quale possono non occorrere tutte quelle specifiche indicazioni, di cui è parola nell'articolo 1979. Onde, provvidamente, questa disposizione è completata dall'art. 1998, intento a stabilire: che la ipoteca è validamente costituita ed iscritta, anche quando la *specialità è assicurata* con

indicazioni *alquanto diverse*, o con *non tutte* le indicazioni dell'articolo 1979. Quindi, noi riteniamo invalida l'ipoteca concessa dal debitore *sopra tutti i suoi immobili posseduti in un dato Comune*, malgrado che poi nella iscrizione questi immobili fossero individuati e specificati. In quella così fatta costituzione d'ipoteca evvi un carattere di generalità, che la legge odierna proscrive rigorosamente, e non solo nell'atto della pubblicità del vincolo, ma in quello della nascita di esso (articoli 1965 e 1979); senza contare poi gl'inconvenienti pratici di una ipoteca costituita sopra *tutti* gl'immobili che il debitore possiede in un dato luogo, quando, per esempio, ivi gli potessero pervenire, a causa di successione o per altro titolo, altri beni dopo la costituzione d'ipoteca e prima della iscrizione del creditore; il quale, anche in buona fede, trovandoli di appartenere al debitore, iscriverebbe pure su di essi; ed il debitore, o dovrebbe agire per la cancellazione, dimostrando l'equivoco, o, tacendo, vedrebbe ingiustamente compromesso il suo credito oltre il dovere.

3. Per questa condizione della specialità dei beni, indispensabile alla valida costituzione ipotecaria, discende che l'ipoteca non può costituirsi sui beni futuri; ciò che la legge pur dice espressamente (art. 1977). Difatti, o si vogliono ipotecare i beni futuri, quali cioè essi siano che pervengano un giorno all'ipotecante; ed allora, come beni ignoti anche nella loro esistenza, non possono essere individuati e specificati nell'atto costitutivo d'ipoteca; o si vogliono ipotecare i beni che l'ipotecante spera siano per pervenirgli da una successione, o altro eventuale titolo di acquisto; ed in tal caso, pur potendo aver luogo la loro specifica designazione nell'atto costitutivo d'ipoteca, poichè la iscrizione non potrebbe eseguirsi se non quando quei beni pervenissero realmente nel patrimonio dell'ipotecante (art. ed arg. art. 1986), così, attesi i cambiamenti di stato e di natura che nell'intervallo di tempo potrebbero aver subito, sarebbe anche difficile identificarli con precisione nella loro materiale corrispondenza fra l'atto della costituzione ipotecaria e le note della loro successiva iscrizione.

Ma al divieto della ipotecabilità dei beni futuri concorrono anche,

e sopra tutto, altre ragioni di principio. La speculazione e l'usura troverebbero un vasto campo da mietere, nella inesperienza e nella dissipataggine dei figli di famiglia, col soccorso dell'ipoteca dei beni, che costoro aspettano dalle eredità dei proprii genitori e congiunti; e sulle quali quei vampiri verrebbero anticipatamente a stendere le mani, con tanta maggior facilità in quanto dei beni sperati e non posseduti, nè resi pregiati dal proprio lavoro, l'uomo usa far getto con estrema spensieratezza.

4. Intorno all'argomento dei beni, sui quali può costituirsi l'ipoteca convenzionale, l'art. 1980 contiene una disposizione, che, quantunque non riguardi il contenuto dell'atto costitutivo d'ipoteca, è opportuno qui esaminare, prima di compiere lo studio di esso in relazione all'altro elemento della specialità ipotecaria, val dire la determinazione del credito garantito in somma di danaro.

Se adunque i beni sottoposti ad ipoteca perissero, o si deteriorassero in modo che fossero divenuti insufficienti alla sicurezza del creditore, questi potrebbe domandare un supplemento d'ipoteca, ed, in mancanza di esso, il pagamento immediato del suo credito (art. 1980). Facciamo osservare innanzi tutto, che gli estremi di fatto per l'applicazione di questa disposizione sono i seguenti: 1° il *perimento* o la *deteriorazione degl'immobili ipotecati deve provenire dal caso fortuito e dalla forza maggiore;* perchè ove concorra il fatto proprio del debitore, la condizione delle parti è regolata da un altro articolo del Codice (1176), e la presente disposizione sarebbe superflua. 2° *Il perimento e la deteriorazione devono essere tali che compromettano*, in tutto o in parte, *la sicurezza del credito;* di modo che, se perito totalmente uno degli immobili ipotecati, gli altri bastano a garantire col loro valore il credito, o deteriorato anche l'unico immobile sottoposto ad ipoteca, conservi nondimeno un valore capace di coprire il credito, prima esuberantemente garantito, il creditore non può nulla pretendere; perchè la legge in tanto gli concede un novello diritto, in quanto pel perimento o la deteriorazione degl'immobili ipotecati la sicurezza del credito sia *diventata insufficiente.* Lo che porta a quest'altra conseguenza: che ove l'im-

mobile ipotecato sin dall'atto costitutivo d'ipoteca *era* insufficiente a coprire il credito, il creditore null'altro può pretendere in seguito per la sua piena sicurezza. 3° *Cotesta insufficienza deve provenire da perimento o deteriorazione materiale degl'immobili ipotecati*, e non da semplice deprezzamento di valore, dipendente da cause economiche generali o altre circostanze di fatto; perchè, trattandosi di disposizione eccezionale, come ora stabiliremo, la interpretazione della legge non può essere che rigorosa a stretto tenore delle sue parole, in conformità delle quali il perimento e la deteriorazione si distinguono dal deprezzamento puro e semplice.

5. Nel concorso di queste circostanze, la legge dunque accorda al creditore un diritto nuovo, che non scaturisce affatto dal contenuto dell'atto costitutivo d'ipoteca, e nemmeno dai principii generali di diritto. Di fatti, il caso fortuito e la forza maggiore sono a carico di colui il quale ha diritto sulla cosa che ne è colpita, e che pregiudicano l'esercizio ed il godimento di quel diritto (art. ed arg. articolo 1298). Il debitore ha adempiuto all'obbligo suo, quando ha presentato al creditore immobili sufficienti a rendere efficace l'ipoteca da lui consentita; se senza sua colpa si verifichi poi una insufficienza, peggio pel creditore, che deve alla sua volta rispettare i proprii impegni, cioè la posizione che gli si era fatta col contratto (art. 1125). Nondimeno, la legge è partita dal concetto che le parti stesse abbiano considerato la garentia ipotecaria come condizione della stipulazione del credito medesimo; e che perciò, venendo meno la condizione, si trovi mutata la posizione dei contraenti, in conformità della loro stessa tacita volontà. In che modo è mutata cotesta posizione? Col diritto che la legge accorda al creditore di domandare un supplemento d'ipoteca, onde integrare quella prima ipoteca, in contemplazione della quale egli aveva aperto il suo credito al debitore; diritto però che, per le cose dette, non gli competerebbe, senza la esplicita disposizione dell'art. 1980, il quale, a tal modo, riveste carattere di *jus singulare*.

Il creditore ha diritto ad un *supplemento d'ipoteca*, ed è sol questo che ha diritto di *domandare in via giudiziale*, se non vuol

rassegnarsi a quel tanto di garentia che ancora gli rimane. Ma quel supplemento può essere impossibile, o perchè il debitore non abbia altri immobili sufficienti alla bisogna, o perchè non vuole ipotecare altri immobili, non lo si potendo costringere a tanto con sentenza di condanna; la obbligazione di costituire una ipoteca essendo una di quelle obbligazioni di fare, che non possono essere eseguite senza l'acquiescenza del debitore. Allora, permanendo la mancanza della condizione, in vista della quale il creditore aveva stipulato il suo credito, egli dimanderà la risoluzione del contratto; ciò che riducesi a domandare l'immediato rimborso del suo avere, non essendo più attendibile il termine, dove viene a mancare la obbligazione cui esso si riferisce. È così che va inteso l'art. 1980, quando conferisce al creditore il diritto ad un supplemento d'ipoteca, ed, *in mancanza*, al pagamento del suo credito.

6. Se il perimento o deteriorazione degl'immobili ipotecati o anche il deprezzamento degli stessi, abbia luogo, invece, pel fatto imputabile al debitore, allora il creditore ha diritto a domandare la immediata risoluzione del contratto, cioè a dire, il rimborso del suo credito prima della pattuita scadenza, ovvero un supplemento di ipoteca, *a sua scelta*. Perocchè, in tal caso, si applicano le norme della condizione risolutiva tacita per inadempimento degli obblighi assunti col contratto, in applicazione degli art. 1165, 1176 e 1980 fra loro combinati. Sicchè, nel caso dell'art. 1176, il debitore non può arrestare la domanda di rescissione proposta dal creditore, offrendo un supplemento d'ipoteca; come invece può rendere frustranea la domanda di supplemento d'ipoteca, rifiutandosi a concederlo, e non potendovi essere astretto in via giudiziale, per le cose dette innanzi.

7. In ogni caso poi, quando si fa luogo al supplemento d'ipoteca, questa si produce con un nuovo atto costitutivo, e non prende grado che dalla propria iscrizione, la originaria ipoteca restando circoscritta agl'immobili deteriorati, se non si è del tutto estinta per il perimento totale degl'immobili, sui quali gravava (art. 2029, n. 2)

8. Sfuggono all'applicazione degli articoli 1980 e 1176, tanto il caso del perimento dell'immobile assicurato, quanto l'altro della espropriazione forzata di esso per pubblica utilità, o di servitù imposta dalla legge; perchè in tali rincontri la ipoteca del creditore si riversa sulle somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento, e su quelle dovute per la espropriazione o per la servitù legale, secondo il disposto dell'art. 1951.

9. La legge esige la *specialità* nell'atto costitutivo d'ipoteca anche riguardo all'ammontare del credito garantito, perchè dice che essa ipoteca non *sussiste* se non per somma determinata in danaro (art. 1965); e la ipoteca convenzionale non sussiste se non per il relativo suo atto costitutivo. Però, cotesta specialità rispetto al valore del credito garantito non è, come l'altra relativa ai beni, richiesta a pena di nullità, bastando sia osservata ed attuata nella iscrizione. Difatti, da una parte, l'art. 1979 non la impone unitamente alla specialità dei beni; e dall'altra parte, espressamente l'articolo 1992 ne avverte, che la determinazione della somma garantita può aver luogo: o in un atto diverso e separato da quello costitutivo della ipoteca, comunque avvenuto, sia d'accordo fra le parti, sia per dichiarazione giudiziale; o nella stessa nota d'iscrizione che il creditore presenta al conservatore, e nella quale quegli di suo arbitrio fissa il valore del credito, che vuol garentire con la ipoteca.

Accade non di rado che, pur essendo certa l'esistenza dell'obbligazione ed attualmente certi gli elementi virtuali della sua valutazione economica, non però subito e contemporaneamente se ne può determinare in fatto il valore in numerario. In tali rincontri non sarebbe giusto privare il creditore della possibilità di premunirsi di una garentìa ipotecaria, che il debitore è disposto ad accordargli. Epperò la facoltà concessa al creditore, della quale nel capoverso dell'art. 1992. S'intende poi che la iscrizione così fatta sarà rettificata riguardo alla somma, in seguito alla definitiva determinazione del credito; e salvo anche il diritto del debitore di far ridurre subito quella iscrizione a più giusti limiti, in caso di evidente eccessività valutata dal magistrato col suo prudente arbitrio, se la liquida-

zione definitiva del credito non possa essere prontamente stabilita (art. 2024 e 2025).

10. Se la ipoteca non può costituirsi sopra beni futuri, e senza che i beni presenti siano specializzati nell'atto stesso costitutivo, essa può invece, come abbiamo veduto, costituirsi per un debito attuale non ancora determinato nel suo valore, e, come ora vedremo, anche per un debito futuro ed eventuale nella sua esistenza. Difatti, poichè l'art. 2007 parla degli effetti di una ipoteca iscritta per la garentia di un prestito, del quale lo sborso del danaro ha avuto luogo posteriormente alla iscrizione medesima, quale è il caso dell'*apertura di credito in conto corrente* (cui propriamente si riferisce l'art. 2007, tratto dall'art. 80 della legge ipotecaria belga); così esso viene a riconoscere la validità dell'ipoteca costituita per la garentia di un debito futuro in genere, a cui in sostanza si riduce l'apertura di credito, nella quale l'accreditato stabilisce il suo debito a misura delle successive somministrazioni che riceve dal banchiere. Il fatto che una convenzione di tal genere interceda fra particolari anzichè fra commercianti, o un particolare ed un commerciante, quale è il banchiere, non può avere influenza sulla sorte di essa e di tutte le modalità che l'accompagnano; tanto più poi che il nostro art. 2007 ha anche evitato di parlare di uno speciale contratto di natura commerciale, qual'è la così detta *apertura di credito in conto corrente*, disponendo, invece, per un contratto di prestito in genere, in cui lo sborso del danaro avrà luogo più tardi.

11. E vuolsi giustificare questa disposizione, per la quale è agevolata la libera contrattazione delle parti mercè la sicurezza del credito. Nè contro di essa si oppongono principii generali di diritto, come si dubitò in applicazione del Codice Napoleone. Di fatti, non vale opporre: che per l'art. 1162 è nulla la obbligazione contratta sotto una condizione che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si obbliga; e che perciò, se il debito futuro in tanto si produrrà in quanto la persona cui si è promessa la somministrazione vorrà o non vorrà profittarne, la obbligazione che gli vorrebbe presentemente

dar vita è nulla; ed essendo nulla la obbligazione, non può sussistere a sua garentia una costituzione d'ipoteca, non potendo sussistere l'accessorio dove manca il principale. Cotesta interpretazione ed applicazione dell'art. 1162 è affatto erronea. La condizione potestativa allora soltanto rende nulla la obbligazione cui è apposta, cioè impedisce che la obbligazione si formi quando si riferisce alla *stessa pura e semplice manifestazione di volontà di obbligarsi o no;* e non anche quando riguarda un *fatto esteriore*, il cui avveramento soltanto dipenda dalla volontà di chi si obbliga. Se io dico: vi darò cento se vorrò, non avrò promesso nulla, non mi sono obbligato; perchè in nessun modo ho limitato la mia libertà, la quale resta integra come prima; e non si concepisce obbligazione senza limitazione di libertà. Ma se io dico: vi darò cento se trasferirò altrove il mio domicilio, io ho promesso validamente, mi sono obbligato, quantunque in maniera eventuale; perchè, sebbene il cambiamento di domicilio possa dipendere affatto dal mio arbitrio, nondimeno la mia libertà è ristretta, nel senso che io potrei aver interesse, o anche semplicemente piacere, di trasferire altrove il mio domicilio, ed intanto dovrei: o astenermene, per non dare a voi i cento promessi; o, non astenendomene, adempiere la mia promessa. È questo il caso dell'ipoteca consentita per un debito futuro. È certo che dipenderà da me non dar vita effettiva a questa ipoteca, non richiedendo la somministrazione promessami, e non facendo così sorgere il mio debito; ma intanto dovrei così privarmi del vantaggio di profittare di quella promessa, di cui mi potrebbe far comodo usare; mentre, usandone, io devo sottostare al fatto mio, col quale ho voluto vincolare d'ipoteca i miei beni a garentia di quel debito. La obbligazione dunque è nata sin da questo momento, come vincolo giuridico fra i contraenti; ed a sostenere la ipoteca è quello che basta, nè la condizione, nè il termine togliendo efficacia all'obbligazione, della cui sola *esistenza giuridica* è necessario preoccuparsi, a fine di allacciarle una costituzione d'ipoteca (art. ed arg. art. 1964 e 1171).

12. Onde però il debito futuro possa essere protetto d'ipoteca, è necessario che esso sia determinato nel suo valore, perchè

trattandosi di un debito contrattuale, mancherebbe ogni altro elemento per fissarne la somma, ed addirittura non si avrebbe debito per mancanza di oggetto. Non sarebbe allora il caso di applicare l'art. 1992. Anzi è in tale circostanza che l'art. 1162 può ricevere la sua applicazione. Perocchè, se una persona apre un credito ad un'altra senza determinazione di somma, in sostanza non apre nessun credito, dipendendo dalla sola sua volontà di ridurlo ad una cifra così derisoria da escludere il concetto dell'obbligazione; epperò, nulla la obbligazione, sarà nulla l'ipoteca, con la quale la si voleva garantire.

Ma da qual momento prenderà grado la ipoteca validamente costituita per un debito futuro? Ne tratteremo quando verrà in esame l'*ordine* delle ipoteche.

Lezione Nona

Sommario: Continuazione della ipoteca convenzionale. — Della *capacità* per consentire l'ipoteca sui *proprii beni.* — Della *nullità* dell'atto costitutivo d'ipoteca sopra *beni di altrui proprietà.*

1. Per quanto riguarda la indagine, importantissima a causa delle questioni che vi si collegano, della *capacità* a consentire la ipoteca, è necessario anzi tutto intendersi con molta precisione circa il significato delle parole ed espressioni, che usano sul proposito la legge e gli scrittori. Per capacità propriamente detta, nel linguaggio giuridico, s'intende l'attitudine ad essere subbietto di diritti, posseduta da ciascuna persona, cui non faccia difetto qualche condizione, che la legge richiede nel riconoscerla e regolarne l'esercizio. Epperò, la capacità è la regola, e la incapacità l'eccezione; la quale per ciò stesso non ha luogo che nei casi dichiarati dalla legge e nella varia estensione da questa determinata; onde la incapacità del *minore*, dell'*emancipato*, dell'*interdetto giudiziario* o

legale, dell'*inabilitato*, della *donna maritata;* oltre quelle altre speciali incapacità relative a singoli atti giuridici, non compresi in una vera e propria categoria. Quando perciò si domanda chi sia capace a consentire una ipoteca, si vuole appunto intendere di un genere di capacità, ch'è quello sopra dichiarato. Ed è da questo punto di vista che la legge dice: *coloro soltanto che hanno la* CAPACITÀ *di alienare un immobile, possono sottoporlo ad ipoteca* (art. 1974). Ora, poichè il minore, l'interdetto, la donna maritata, l'inabilitato non possono *da per sè stessi* alienare un immobile, cioè sono incapaci di consentire *liberamente* un atto di alienazione d'immobili, così sono incapaci di consentire un atto di costituzione ipotecaria; nelle vedute del legislatore l'ipotecamento dell'immobile avendo la stessa importanza che l'alienazione della proprietà di esso. Ed è tanto vero che l'articolo 1974 si riferisce a cotesta incapacità personale dell'agente, che si soggiunge nell'art. 1975: i beni delle persone incapaci di alienare (e sono gl'incapaci di cui nell'articolo 1974), e quelli degli assenti non possono essere ipotecati, *fuorchè per le cause e nelle forme stabilite dalla legge.* Cause e forme alla loro volta indicate negli articoli 29, 37, 134 a 136, 224, 296, 301, 319, 329, 339, 434, 1404 e 1405. Anzi, si può dire che la vera disposizione pratica intorno alla capacità d'ipotecare è quella dell'art. 1975, e non l'altra dell'art. 1974, che vi è compresa virtualmente. E su cotesta capacità noi non abbiamo che a richiamare tutta la teoria della nullità degli atti per incapacità dell'agente, e della loro possibile ratifica e conferma; teoria che non trova qui il suo posto per la propria trattazione.

2. Ma ecco che ad occasione della incapacità d'ipotecare, di cui fin qui abbiamo discorso, e della quale sola si occupano gli articoli 1974 e 1975, gli scrittori sogliono porre ed esaminare la questione: *se si può ipotecare la cosa altrui, con effetti giuridici;* e la si vuol risolvere negativamente (tranne poi a vedere se trattisi di *nullità assoluta*, cioè *inesistenza dell'atto*, o *nullità relativa*), invocando la stessa disposizione dell'art. 1974, per dedurne: che siccome a tenore di questo non si può ipotecare, se non quello che si può

alienare; e non cadendo dubbio che nessuno può alienare la cosa altrui, ciò che pure altrove è dichiarato espressamente dalla legge (art. 1459) (salvo a vedere la natura anche di tale nullità); così nessuno può ipotecare la cosa altrui. La questione dunque del valore giuridico dell'ipoteca di cosa altrui la si fa rientrare nell'àmbito della capacità o incapacità a contrattare.

Or questo è un errore, perchè l'articolo 1974 non dice già: che *non si può ipotecare se non quello che si può alienare*, e nemmeno dice che non si può ipotecare se non quello che si può vendere, la vendita essendo una delle forme dell'alienazione; ma esso dice soltanto che *sono incapaci di ipotecare coloro che sono incapaci di alienare;* la invalidità dunque della ipoteca nell'art. 1974 è considerata esclusivamente dal punto di vista della condizione e dello stato personale del costituente. Ed è cosa tutt'affatto diversa la ipoteca sulla cosa altrui, dove l'agente è presupposto una persona perfettamente *capace:* maggiore, non interdetto, non inabilitato, non donna maritata; e trattasi solo di vedere se ha *potestà* di stabilire con qualche effetto giuridico un vincolo ipotecario sull'immobile non di sua proprietà. Ora, siffatta questione noi possiamo trattarla qui, *ad occasione* della capacità di ipotecare, ma con questa realmente non ha alcun *nesso logico;* epperò alla sua soluzione l'art. 1974 deve restare estraneo, chiamando invece a contributo, innanzi tutto, i principii generali di diritto, e sussidiariamente altri articoli del Codice, pure relativi alla ipoteca convenzionale, e che invece per l'ordinario sono lasciati in disparte *hinc et inde* nella discussione.

3. Egli sembrerebbe a prima giunta che la questione non meritasse l'onore di tal nome, in virtù del semplice comando della ragione, che esclude la possibilità della *disposizione giuridica* di una cosa, sulla quale non si ha il *diritto* corrispondente al contenuto ed al concetto della disposizione medesima; onde l'antico e sempre indeclinabile adagio: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.* Se non che la legge positiva, per le esigenze e le contingenze della vita pratica, può talvolta decampare dai principii astratti e razionali, piegandoli ed accomodandoli ai suoi scopi

ed alle sue vedute di ragion civile. Così appunto ha potuto sorgere la questione della ipoteca di cosa altrui, per la possibile utilità realizzabile, date certe condizioni, da un fatto dichiarato *a priori* inefficace dalla pura ragione giuridica. E quale cotesta possibile utilità? Quella di dare al contratto d'ipoteca della cosa altrui un *principio di esistenza*, per farne così il nocciolo di una *eventuale successiva compiuta sua efficacia*. Ciò che in altri termini vuol dire: se la ipoteca di cosa altrui sia colpita semplicemente di *nullità relativa*, epperò *capace di conferma e di ratifica;* o se trattisi, invece, d'*inesistenza dell'atto*, epperò del « *quod nullum est nullum producit effectum, et tractu temporis convalescere nequit* ».

4. E la importanza pratica poi, dell'uno o dell'altro modo di considerare la nullità della ipoteca di cosa altrui, si concretizza in ciò. Ammessa la nullità relativa, quando l'ipotecante in seguito divenisse proprietario dell'immobile ipotecato per qualsiasi titolo, o il proprietario divenisse l'erede dell'ipotecante, o spontaneamente approvasse il vincolo da altri costituito sul suo immobile; quell'atto costitutivo d'ipoteca riprenderebbe tutta la sua efficacia, cioè sarebbe *confermato* e *ratificato*. E con l'atto costitutivo sarebbe egualmente confermata e ratificata la relativa iscrizione col suo originario numero d'ordine; salvi soltanto i diritti dei terzi validamente acquistati e conservati *medio tempore*, fra la costituzione della ipoteca di cosa altrui e l'avvenimento che avrebbe dato luogo alla conferma e ratifica di questa (art. 1309); quantunque da taluno questi diritti dei terzi non si vorrebbero rispettati che nel solo caso della vera e propria *ratifica*, quando cioè il proprietario dell'immobile approvasse l'ipoteca costituitavi sopra da altri; e non pure nel caso della *conferma*, quando val dire l'ipotecante della cosa altrui ne divenisse in seguito proprietario, nel qual caso si ammetterebbe in tutta la sua estensione la retroattività della convalidazione dell'atto nato annullabile. Distinzione che noi non possiamo approvare, in presenza del chiaro disposto dell'articolo 1309, che non distingue fra conferma e ratifica; e che, per di più, si riferisce specialmente ai casi della conferma, come qui sopra la si è spiegata, e non a quello della ratifica.

Ammessa invece la inesistenza della ipoteca di cosa altrui, non sarebbe da parlare nè di ratifica, nè di conferma; perchè il niente nulla può produrre; e quando il proprietario volesse consentire la ipoteca sul suo immobile, nullamente concessa da un altro, dovrebbe *costituirla ex novo;* e solo da tal momento la iscrizione del creditore sarebbe validamente accesa, la prima restando nel nulla nel quale era sòrta. E così pure il costituente la ipoteca sulla cosa altrui, divenutone proprietario, *volendo* mantenere la ipoteca, dovrebbe *costituirla ex novo;* e solo da tal momento potrebbe valere la iscrizione del creditore, che perciò dovrebb'essere ripetuta, la prima non avendo mai avuto giuridica esistenza. In qual modo dunque è a ritenere che il nostro legislatore abbia considerato la nullità della ipoteca di cosa altrui?

5. Pel riflesso che, mancando il potere di disposizione sulla cosa, non si può sulla medesima costituire un onere, nessuno potendo trasferire ad altri sulla cosa diritti maggiori ch'egli vi abbia; e pel riflesso, che non si possono ipotecare i beni futuri (art. 1977); la ipoteca di cosa altrui dovrebbe senz'altro ritenersi *inesistente;* da una parte, come mancante di *oggetto*, e dall'altra parte come avente per oggetto cosa vietata dalla legge. Perocchè, se l'oggetto del contratto d'ipoteca è la *costituzione del vincolo* sopra un immobile, e questa costituzione è impossibile, perchè procedente da chi sull'immobile non ha diritto; può dirsi veramente che la convenzione manca di oggetto, e quindi *inesistente* per mancanza di uno dei suoi requisiti essenziali (art. 1104). Come pure, ammettendo la semplice invalidità dell'ipoteca di cosa altrui, capace di conferma e di ratifica, si verrebbe ad ammettere la ipoteca dei beni futuri, contro un testo preciso di legge, la cui sanzione non può essere che la inesistenza del contratto che vi contravviene, solo perchè la legge stessa non stabilisce altrimenti.

Nondimeno, il dubbio e la discussione, mantenuti ancora vivi circa il carattere della nullità dell'ipoteca di cosa altrui, sono alimentati dal fatto: 1° che la vendita di cosa altrui è nulla solo in modo relativo (art. 1459), e sembrerebbe a prima giunta ragionevole,

per analogia, un egual trattamento dell'ipoteca di cosa altrui; 2º che anche in diritto romano, ed in diritto comune, per costante tradizione, era ritenuta la possibilità della ratifica e conferma dell'ipoteca di cosa altrui, cioè la sua nullità relativa. Ora noi crediamo, che nè dal primo, nè dal secondo argomento si debba essere indotti a propendere per la semplice invalidità dell'ipoteca di cosa altrui. Difatti, l'analogia è più apparente che sostanziale fra la vendita e l'ipoteca. Benchè in diritto moderno con la vendita si effettui la trasmissione di proprietà, senza bisogno di tradizione, richiesta in passato (articoli 1125 e 1448); pure, questo elemento della trasmissione della proprietà non è *essenziale*, ma soltanto *naturale*, nella vendita odierna; ben potendosi tuttora concepirla: *diretta a stabilire una obbligazione del venditore di procurare al compratore il pacifico godimento della cosa, come se ne divenisse già il proprietario;* o anche, come *diretta a stabilire nel venditore la obbligazione di procurare al compratore il dominio della cosa, senza rendernelo proprietario immediatamente.* Difatti, vi sono in diritto civile alcune specie di vendite, che non operano con la loro perfezione il trapasso di proprietà, come, per esempio, quelle fatte a peso, assaggio e misura (art. 1450, 1452). E la vendita commerciale è proprio diretta a stabilire la *obbligazione del venditore di procurare al compratore la proprietà, e non già diretta ad operare questo trapasso di proprietà della cosa venduta* (art. 59 Cod. comm.). D'altronde, nella definizione stessa della vendita, che ne dà il Codice, il trapasso della proprietà non è indicato come unico ed essenziale oggetto di quel contratto; dicendosi nell'art. 1447, che il venditore si obbliga *a dare* una cosa, ed il *dare* comprendendo anche il semplice *consegnare;* obbligazione di *consegnare*, di cui parla pure l'art. 1462. È vero che l'art. 1448 afferma il trapasso immediato di proprietà con la vendita; ma questo non vuol dir altro, che la proprietà si trasmette con la perfezione del contratto, senza bisogno di tradizione, *quando* la trasmissione di proprietà è voluta immediatamente dalle parti, ed è *possibile;* ciò che, se costituisce il caso ordinario, non è però l'unico caso pratico della vendita odierna. Se dunque il trapasso di proprietà non è l'*essenziale obbietto* della

vendita, tale cioè che senza di esso la vendita *non avrebbe materia che potesse darle esistenza;* si deve ammettere, senza difficoltà, la esistenza giuridica della vendita di cosa altrui; nella quale, se non avviene il trapasso di proprietà, perchè il venditore non può trasmettere quello che non ha, si costituisce però in lui la *obbligazione di consegnare nondimeno la cosa venduta, e garantirne al compratore il pacifico possesso;* o la *obbligazione di procurargli in seguito questa proprietà.* Cosa più che possibile; o perchè il venditore prenda in proposito accordi col proprietario; o perchè diventi in seguito egli stesso proprietario della cosa venduta. Ed ecco perchè il venditore non può insorgere contro la vendita di cosa altrui, e può attaccarla il solo compratore; onde la *nullità semplicemente relativa,* e non già la *inesistenza* di quella vendita (art. 1459). Il quale diritto del compratore poi si spiega per la considerazione, che la legge presume in lui la intenzione di acquistare con la vendita la proprietà della cosa comprata, e quindi la giustizia di soccorrerlo quando egli si veda defraudato in questa sua aspettativa, ammettendolo a far dichiarare invalida quella vendita. La quale però era *giuridicamente stabilita,* era già *nata come rapporto di diritto;* non mancandole nessuno dei requisiti essenziali per la sua astratta esistenza giuridica, concorrendovi consenso, forma, capacità (si suppone) ed *oggetto;* appunto perchè oggetto possibile della vendita è anche la sola obbligazione di consegnare la cosa e garantirne il pacifico godimento al compratore. Anzi, per diritto commerciale è proclamata espressamente valida la vendita di cosa altrui (art. 59 del Codice commerciale), in guisa che lo stesso compratore è obbligato a rispettarla, quando il venditore dopo un congruo termine, stabilito dalla convenzione, dagli usi, o dal giudice, acquisti la proprietà della cosa venduta per trasmetterla ad esso compratore. Ora, l'elemento economico del *commercio* poteva stabilire questa differenza fra la vendita civile e la vendita commerciale della cosa altrui; ma esso non sarebbe mai stato sufficiente a far di questa un contratto pienamente valido, quando i principii generali di diritto avessero portato alla inesistenza della vendita civile di cosa altrui!

6. Vediamo, invece, ciò che avviene per la ipoteca. La ipoteca è un diritto reale; il contratto d'ipoteca dunque è rivolto a stabilire questo diritto reale; investirne, cioè, immediatamente il creditore. Non può avere altro scopo, altra possibile utilità la costituzione ipotecaria; perchè, nè il godimento, nè il possesso della cosa, fra l'altro, riguardano punto nè poco lo stipulante. Dunque, se l'ipotecante non è proprietario della cosa ipotecata, egli non può costituirvi sopra un diritto reale, per mancanza di potestà; il contratto d'ipoteca quindi viene a mancare di oggetto, questo non essendo altro che la *costituzione del diritto reale d'ipoteca.* Epperò, il contratto, mancando di oggetto, non è che sia invalido, ma non ha potuto sorgere, è *inesistente.* Non vale il dire che l'ipotecante potrà ottenere dal proprietario il consenso, o potrà egli in seguito divenire proprietario della cosa ipotecata; perchè è certo, che sino a quando quelle circostanze non si verificano, il contratto è rimasto senza oggetto; o meglio, non ha potuto formarsi, e quindi nulla si è posto in essere cui possa aggiungersi, riannodarsi, farsi accedere qualche cosa, col concetto della conferma e della ratifica.

7. Tutto questo discende dalla teoria generale del diritto, non attraversata o derogata da speciali positive disposizioni. E qui si riattacca l'argomento storico. Per diritto romano, si dice, la ipòteca era egualmente un diritto reale; e quindi la ipoteca sulla cosa altrui avrebbe dovuto essere egualmente inesistente, come la si vorrebbe considerare oggi; mentre per essa si ammise la ratifica dai classici giureconsulti, e da tutta la pratica giurisprudenziale posteriore; quanto dire, che la si ritenne semplicemente invalida. Che la ragione pratica del diritto possa deviare dalla ragione pura dei principii è cosa, non solo frequente, ma talvolta anche utile nelle positive legislazioni. Or qui non vuolsi discutere se i Romani bene si apposero ad ammettere la semplice nullità, cioè invalidità, dell'ipoteca di cosa altrui; ma certo è che, per ammettere la ratifica di questa, ebbero bisogno di consacrarla con testi e precetti positivi; i soli che potevano aver la forza di derogare alla logica astratta del diritto. Nel sistema del Codice, invece, noi non troviamo alcuna disposizione

che deroghi a questa logica; la quale, solo per questo appunto, rimane nella pienezza delle sue esigenze; da nessun articolo di legge potendo noi oggi desumere la ammissibilità della ratifica riguardo all'ipoteca di cosa altrui. Ratifica anzi che la si deve escludere anche *a contrario*, vedendo che il nostro legislatore l'ammette solo nei casi, nei quali il negozio giuridico nasce con qualche *vizio* di alcuno dei suoi essenziali elementi (art. 1300 e seg.), mentre alla costituzione d'ipoteca sulla cosa altrui *manca* del tutto, pel suo sorgere, uno di cosiffatti elementi essenziali, l'*oggetto*

Inoltre, se il diritto moderno fu al riguardo meno pieghevole del diritto romano, ne ebbe uno stringentissimo motivo. Vietata l'ipoteca dei beni futuri (art. 1977), la legge non le poteva aprir l'adito da un'altra parte; perchè la ipoteca su cosa altrui, con possibilità di successiva ratifica, in fondo non è che la ipoteca di beni futuri, che i Romani non riguardarono con occhio così sospetto, e della quale anzi ammisero la validità.

Concludendo, se il diritto antico fu logico nel riconoscere la ipoteca di beni futuri, ed ammettere al tempo stesso la ratifica della ipoteca di cosa altrui; fu altrettanto logico il diritto moderno nell'escludere l'una e l'altra. Quale dei due sistemi poi sia preferibile, è una questione che esorbita dal campo della interpretazione della legge, e rientra in quello della critica scientifica del giure, che non è il caso qui intraprendere.

8. Noi ben dicevamo dunque, dal principio di questa discussione, che al quesito della inesistenza o invalidità della ipoteca di cosa altrui non aveva alcun riferimento l'art. 1974; come comunemente, al contrario, si opina anche dalla dottrina francese rispetto all'art. 2124 Cod. Nap., rispondente al nostro 1974. La soluzione della questione invece l'abbiamo rinvenuta nei principii generali di diritto, ed anche nella disposizione dell'art. 1977, a cui vogliamo aggiungere un altro argomento tratto dall'art. 1976. Nel quale, come fra poco vedremo, è sintetizzato questo concetto: il rapporto di diritto, che intercede fra l'ipotecante e l'immobile ipotecato, è quello che decide della sorte della ipoteca; epperò, condizionale o annul-

labile il titolo della proprietà posseduto dall'ipotecante sull'immobile ipotecato, condizionale o annullabile sarà la stessa costituzione d'ipoteca. Ora con questo la legge viene anche a dire, che per costituirsi una ipoteca sull'immobile occorre che il costituente ne sia proprietario; perchè, se è nullo, se, cioè, manca affatto un rapporto di diritto fra l'ipotecante e l'immobile ipotecato; sarà nulla, cioè, verrà a mancare affatto quella costituzione d'ipoteca.

9. E non vogliamo lasciare questo dibattito, nel quale ci siamo dilungati abbastanza, per la importanza dei principii che vi entrano in discussione, senza toccare di un altro elemento di disputa che vi ha introdotto il Laurent; del quale se talvolta noi facciamo il nome, tacendo quello di altri non meno autorevoli scrittori, è appunto perchè più degli altri egli insiste sul predominio da darsi ai *principii* ed al *ragionamento* nella soluzione delle questioni; principii e ragionamento in verità non mai abbastanza raccomandati alle giovani intelligenze, cui in particolar modo sono rivolte queste nostre lezioni.

Il Laurent, dunque, ch'è d'accordo con noi nel sostenere la inesistenza della ipoteca di cosa altrui sotto l'imperio del Codice Napoleone, dice « che la legge la proibisce in un interesse generale, perchè la proibizione tiene alla specialità, cioè all'interesse dei terzi, ch'è un interesse pubblico, ed al credito dei proprietarii, che costituisce egualmente un interesse pubblico; e che di più, l'ipoteca, diversamente che la vendita, è un contratto solenne, perchè tocca gl'interessi economici più gravi, il credito privato, lo sviluppo della ricchezza nazionale, mentre la vendita non concerne che interessi privati ». E da questo conchiude che la proibizione, la nullità della ipoteca di cosa altrui, non possa essere altro che assoluta; trattarsi, cioè, d'inesistenza e non d'invalidità di contratto. Or tutto questo ragionamento a noi sembra affatto inconcludente. Che la materia ipotecaria sia di pubblico interesse, perchè rivolta a garantire il movimento del credito e della ricchezza nazionale, si comprende benissimo; e si comprende anche come sotto quel concetto entrano col loro assoluto rigore i principii della specialità e della pubblicità

della *ipoteca*. Ma da questo punto di vista è innegabile che entra nel *pubblico interesse* eziandio l'*alienazione* della proprietà immobiliare; tanto vero che per questa trasmissione di proprietà la legge impone la *trascrizione*, la quale è la forma della sua pubblicità e specialità, come la iscrizione l'è della ipoteca, quando dell'alienazione e della costituzione ipotecaria si vuol fare un atto produttivo di conseguenze rispetto ai terzi. Quindi, nessuna differenza di cotesto interesse pubblico, per trattare diversamente la vendita e la ipoteca dell'immobile altrui. Meno persuasivo ancora riferire l'interesse generale al concetto della pubblicità e della specialità; perchè nella ipoteca di cosa altrui si potrebbe benissimo osservare, secondo il voto della legge, la specialità e la pubblicità, designando specificamente l'immobile, a tenore dell'art. 1979 (2129 Cod. Nap.), ed eseguendo la relativa iscrizione. Anzi, quando si parla della inesistenza o invalidità della ipoteca di cosa altrui, è già supposta osservata la pubblicità e la specialità; chè in contrario la questione sarebbe assorbita dall'altra, riguardante la nullità della ipoteca per mancanza di forme e dei suoi essenziali caratteri.

Resta l'argomento della *solennità* dell'atto. Innanzi tutto facciamo osservare, che questo argomento non avrebbe alcun valore pel nostro diritto; giacchè, tanto la ipoteca, come la vendita dell'immobile, devono aver luogo per atto scritto (art. 1978 e 1314). Ma non può avere alcun valore neppure per diritto francese; perchè la mancanza di proprietà, in testa a colui che vuol costituire l'ipoteca sull'immobile, non è certamente un *vizio di forma*, la quale è quella che decide della solennità o non solennità dell'atto! Epperò, sotto questo rispetto, la vendita e la ipoteca di cosa altrui andrebbero trattate allo stesso modo.

Resta dunque provato che la questione intorno al genere di nullità, di cui è affetta l'ipoteca di cosa altrui, va risoluta esclusivamente con i principii generali e speciali di diritto relativi alla intrinseca natura dell'istituto della ipoteca; diversi da quelli che hanno riferimento alla vendita, la quale anche in diritto moderno non cessa di essere causa di rapporti personali fra le parti contraenti, oltre la maggiore efficacia di operare la immediata

trasmissione della proprietà, nei casi nei quali questo effetto è conseguibile.

10. Inesistente la ipoteca di cosa altrui, tale pure rimarrebbe se stipulata sotto la espressa condizione che l'ipotecante ne divenisse in seguito proprietario: si avrebbe sempre la ipoteca di cosa altrui e di beni futuri.

Niente però impedisce che il debitore conceda ipoteca sulla cosa altrui, promettendo la ratifica del proprietario, chè allora si versa nei termini dell'art. 1129. Ma, a parlar propriamente, qui non interviene, nè *costituzione d'ipoteca da parte del debitore*, nè *ratifica da parte del proprietario.* Quando costui consente, è allora soltanto che sorge l'ipoteca, che viene costituita dal proprietario e non dal debitore; ed è solo da tal momento che il creditore può iscrivere; una iscrizione precedente non potendo a nulla valere, per essere stata accesa quando le mancava il *titolo*, che ne forma il presupposto.

11. L'erede apparente però può costituire validamente una ipoteca sui beni della successione a favore di un suo creditore. La derogazione qui al principio della inesistenza della ipoteca di cosa altrui è voluta espressamente dalla legge (art. 933); è una eccezione che conferma la regola; ma una eccezione, s'intende, che ha luogo per la costituzione a titolo oneroso anche di tutti gli altri diritti reali.

Lezione Decima

Sommario: Continuazione della ipoteca convenzionale. — Delle ipoteche costituite sull'immobile, *il cui diritto di proprietà nell'ipotecante sia condizionale o annullabile.* — Teoria del Codice italiano intorno la sorte dei diritti reali dei terzi, aventi causa da colui il diritto del quale si risolva o si annulli. — Si applica cotesta teoria al diritto reale di ipoteca, di cui è specialmente parola nell'art. 1976.

1. Abbiamo già osservato nella precedente lezione, che la questione del valore giuridico della ipoteca di cosa altrui era indirettamente contemplata e risoluta anche dal disposto dell'art. 1976, il quale appunto concerne il *rapporto di diritto che passa fra l'ipotecante e l'immobile ipotecato.* Or qui dobbiamo di proposito studiare la funzione della ipoteca dal punto di vista di cotesto rapporto di diritto, che l'art. 1976 contempla sotto le due forme dell'esser suo: *condizionale* e *annullabile.*

Premettiamo intanto che il contenuto dell'articolo 1976, benchè trovisi sotto la rubrica della ipoteca convenzionale, è applicabile anche alle ipoteche legali e convenzionali; tanto vero che il corrispondente § 110 della *Legge Pontificia del* 1834, *sui privilegi e le ipoteche*, era posto sotto il Capo I, intitolato « *Delle ipoteche in generale* ». Nondimeno, il nostro Codice ha creduto opportuno trasportare questa importantissima disposizione nel capitolo della ipoteca convenzionale, la quale senza alcun dubbio offre il più largo contingente alla funzione pratica del regime ipotecario; ed anche perchè solo a tal modo l'art. 1976 veniva più da vicino a riannodarsi alle questioni di capacità e di potestà a costituire ipoteche; questioni possibili soltanto per le ipoteche convenzionali.

2. L'ipotecante è proprietario dell'immobile in base ad un titolo affetto da condizione sospensiva o risolutiva. Or bene, l'arti-

colo 1976 dispone che quel proprietario può immediatamente, cioè *pendente conditione*, costituire l'ipoteca sull'immobile; la quale, però, rispetto al creditore resta soggetta alle medesime eventualità, cui resta soggetta la proprietà dell'immobile rispetto all'ipotecante; val dire, che se questa proprietà si riferma, o svanisce, in testa al costituente, per l'avveramento o mancamento della condizione sospensiva, da cui il titolo la fa dipendere (o viceversa, se la condizione sia risolutiva); si riferma, o svanisce, anche l'ipoteca in testa al creditore. E poichè, risolutiva o sospensiva che sia, la condizione opera inversamente fra le parti, essendo sospensiva per l'una quella condizione che per l'altra è risolutiva, e viceversa; così tutti e due i titolari del dominio condizionale, pendente la condizione, possono contemporaneamente costituire l'ipoteca sull'immobile medesimo; salvo a mantenere definitivamente l'una sola o l'altra di esse ipoteche, in seguito al definitivo acquisto della proprietà dell'immobile da parte dell'uno o dell'altro dei due ipotecanti, quando la condizione si sarà verificata, o sarà mancata. Epperò, il venditore con patto di riscatto può costituire l'ipoteca sull'immobile venduto, come può contemporaneamente costituirvela il compratore; giacchè il riscatto è la condizione sospensiva della proprietà dell'immobile rispetto al venditore, ed è la condizione risolutiva rispetto al compratore; salvo che, verificatosi o non verificatosi il riscatto, resterà in piedi la sola ipoteca costituita dal venditore, o la sola ipoteca costituita dal compratore.

3. Intorno all'esattezza di queste proposizioni non può cader dubbio, in presenza del chiaro disposto dell'art. 1976, che parla disgiuntamente della facoltà di costituire la ipoteca, tanto di colui il quale ha sull'immobile un dominio risolubile, quanto di quegli che vi ha un diritto di dominio sospeso da condizione. Di guisa che la tentata ristrettiva interpretazione da parte di alcuni scrittori francesi del corrispondente art. 2125, per limitare quella facoltà al solo proprietario, il cui dominio sia soggetto ad essere risoluto in determinati casi, non incontrò favore presso quella dottrina e quella giurisprudenza. E tanto meno poi potrebbe essere accolta in diritto patrio,

non solo per la identica precisa disposizione dell'art. 1976, ma anche per cotesto precedente storico, che aveva messo sull'avviso il nostro legislatore, il quale nondimeno ha mostrato di non curarsene; e più ancora perchè, se tale fosse stato il pensiero del Codice italiano, avrebbe questo adottato una diversa formola, di cui non gli mancavano autorevoli esemplari; l'art. 62 del *Motuproprio toscano sulle ipoteche* dichiarando appunto: « che le ipoteche imposte da colui, che sui beni obbligati non ha che un *dominio risolubile, o soggetto ad essere annullato* (e non pure un dominio *sospeso* da condizione), si risolvono e si annullano ...... ». Tutto questo però dimostra che la larghezza tenuta dal Codice italiano, sulle tracce di altri Codici preesistenti, sia per lo meno discutibile dal punto di vista della purità dei principii. Difatti, può parere a prima giunta, che, essendo indispensabile la qualità di proprietario dell'immobile ipotecato nell'ipotecante; ed essendo la proprietà un diritto esclusivo, incompatibile con la ipotesi di due contemporanei proprietarii della stessa cosa; non sia possibile conferire a due persone la simultanea facoltà di ipotecare lo stesso immobile. E veramente, la scuola classica, sulle tracce del diritto romano, non considera proprietario se non quegli che ha sulla cosa un dominio risolubile; epperò, nel caso della vendita con patto di riscatto, il solo compratore potrebbe, prima del riscatto, ipotecare l'immobile; e nel caso del legato dell'immobile sotto condizione sospensiva, solo l'erede, e non pure il legatario, potrebbe ipotecarlo, pendente la condizione.

Ciò non ostante, noi ci sentiamo inclinati ad approvare la disposizione dell'art. 1976, come quella che meglio risponde alle esigenze della vita pratica del giure, senza un vero e proprio sacrifizio dei principii. Ed in verità, nel caso in questione non trattasi di costituire *hic et nunc* una valida definitiva ipoteca, chè allora naturalmente l'ipotecante non potrebb'essere che un solo; ma semplicemente di dar vita eventuale a due ipoteche, di cui la sorte sarà definitivamente decisa più tardi. E questa decisione avviene in modo che i principii restano salvi, perchè, a cagione dell'effetto retroattivo della condizione, risolutiva o sospensiva che sia (art. 1170), l'ipote-

cante, la di cui ipoteca sopravvive, si reputa essere stato sin dalla costituzione di essa l'unico ed esclusivo proprietario dell'immobile ipotecato, e quindi avente piena potestà di vincolarlo.

4. Breve, l'articolo 1976 applica l'antico principio: *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, e per necessaria correlazione l'altro principio: *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*. I quali principii sono applicati, non solo alla ipoteca costituita sull'immobile, il cui titolo di proprietà nel costituente è *condizionale*, come sin qui abbiamo veduto; ma anche all'ipoteca costituita sull'immobile, il cui diritto di proprietà nel costituente è *annullabile* propriamente detto, infetto cioè da un vizio, in alcuno dei suoi requisiti ed elementi, che lo porti ad essere annullato. Questo sarebbe, per esempio, il caso della ipoteca costituita dal compratore sull'immobile, che egli ha acquistato da un minore, senza le formalità volute dalla legge per la validità degli atti degl'incapaci. Il compratore si considera proprietario dell'immobile, perchè l'atto del minore, come minore, esiste giuridicamente; soltanto quel suo titolo di proprietà è annullabile (art. 1300); epperò la ipoteca consentita dal compratore sull'immobile acquistato è egualmente annullabile; cioè svanirà, o si consoliderà, con l'annullarsi, o col confermarsi, di quel titolo di proprietà sulla cui base essa ipoteca fu costituita.

Intanto lo stesso minore, durante il tempo in cui gli resta aperta l'azione di nullità contro l'acquirente, potrà alla sua volta costituire una ipoteca sull'immobile illegalmente venduto. Di questa sua facoltà la legge non parla espressamente nell'articolo 1976; ma noi non sapremmo dubitarne, non solo perchè la posizione del minore alienante di fronte all'acquirente, sotto il punto di vista che ci occupa, non è diversa da quella del legatario sotto condizione sospensiva di fronte all'erede, i quali due ultimi possono contemporaneamente costituire delle ipoteche sull'immobile, cui si riferisce il loro titolo condizionale di proprietà (art. 1976 in princ.); ma anche perchè quella facoltà è già supposta dalla legge in un altro articolo del Codice (art. 1309). Anzi, se quel minore, dopo avere irregolarmente alienato l'immobile, costituisce su di questo una ipoteca con le forme

volute dalla legge per la validità degli atti degl'incapaci, egli l'avrà costituita validamente *hic et nunc*, senza cioè che la sorte di essa possa più dipendere dall'azione di nullità che egli eserciterà o non eserciterà contro il proprio atto di alienazione; ma di ciò più in appresso.

5. Esaminiamo ora quella che ci sembra la parte più importante della disposizione dell'art. 1976, dove cioè si richiamano delle eccezioni al principio generale di diritto: *resoluto*, o *confirmato*, *jure dantis*, *resolvitur*, o *confirmatur*, *jus accipientis*. E vogliamo, sopra tutto, non già riallacciare intorno al diritto reale d'ipoteca le eccezioni del principio suddetto, le quali sono fissate nei varii sparsi articoli del Codice per tutti gli altri diritti reali in genere; ma stabilire il criterio direttivo ed informatore di tutte coteste eccezioni.

Dice dunque l'articolo 1976 che la sorte della ipoteca costituita sopra un immobile, il cui titolo di proprietà è condizionale o annullabile, è soggetta alle medesime eventualità, *ad eccezione dei casi in cui la legge espressamente dispone, che la risoluzione o la rescissione non è operativa a danno dei terzi*. Quali questi casi, e quale il criterio della loro classificazione, e quale la ragione del loro eccezionale trattamento?

Cominciamo dagli atti *risolubili*, rimandando in fine gli atti *annullabili*, o *rescindibili*.

La *risoluzione* qui va presa in un senso alquanto più largo, comprendendovi cioè, non solo gli atti che secondo il linguaggio tecnico del Codice sono *risolubili*, ma anche quelli *revocabili*, o alcuni *rescindibili;* la *rivocazione* non essendo che la risoluzione applicata agli atti di donazione ed agli atti fraudolenti, e la *rescissione* la risoluzione applicata agli atti infetti di lesione; mentre la sopravvegnenza di figli, l'ingratitudine, la frode, il danno per esiguità di corrispettivo o ineguaglianza di lotti di divisione, costituiscono sempre, in sostanza, la condizione *risolutiva* dell'atto cui si riferiscono.

Va anche notato che tutta la teoria riguardo alla salvezza dei diritti dei terzi, come eccezione al principio del *risoluto jure*

dantis....., trova applicazione solo rispetto ai terzi, che hanno causa da colui il diritto del quale *si risolve;* da colui, cioè, il cui titolo di proprietà, che serviva di base per costituirvi diritti a favore di altre persone, era subordinato ad una condizione risolutiva, un fatto risolutivo; o rispetto ai terzi, che hanno causa da colui il diritto del quale è *annullato;* il cui titolo di proprietà, cioè, era sorto con un vizio di nullità. E non trova applicazione rispetto ai terzi, che hanno causa da colui, il diritto del quale *si rassoda*, *si conferma;* da colui, cioè, il cui titolo di proprietà, che serviva di base per costituirvi diritti a favore di altre persone, era dipendente da una condizione sospensiva; o si era conservato in testa sua, a cagione dell'invalido spossessamento che ne aveva tentato. Perocchè, o questi terzi avranno sempre la posizione che loro sarà fatta dalla sorte del diritto del loro dante causa; o manterranno sempre invulnerabile il loro acquisto, come dimostreremo in seguito.

In altri termini, il principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* è capace di eccezioni; ma non lo è l'altro: *confirmato jure dantis confirmatur jus accipientis*, il quale avrà sempre applicazione, perchè rivolto a favorire la condizione dei terzi, ai quali è pur rivolta la deroga del principio *resoluto jure dantis.....*

6. La legge positiva è partita dal concetto, che, nell'interesse generale della società civile, è necessario talvolta derogare ai principii di una rigorosa logica astratta. Si comprende, che annientandosi il diritto di colui, il quale in base ad esso concede altri diritti ad altre persone, questi diritti debbano alla lor volta annientarsi; non solo perchè, crollato il fondamento, crolla quanto su di esso è innalzato; ma anche perchè, mantenendo questi diritti acquistati dai terzi, si verrebbe a pregiudicare il diritto di quell'altra persona, in favore della quale si verifica l'annientamento e la risoluzione del diritto stesso, del diritto di colui, cioè, col quale essa ha contrattato, il *dante causa dei terzi.* Pure, questi terzi talvolta hanno potuto acquistare i loro diritti in condizioni tali di fatto, che lo spogliarneli sarebbe una ingiustizia, ed un danno sociale maggiore che sacrificare il diritto di quell'altra persona. Senza questo sacrificio del diritto

individuale, lo scambio e il commercio della proprietà ne sarebbero paralizzati; epperò in questo *conflitto d'interessi* la legge positiva ha dovuto propendere più dal lato dell'utile, che da quello della logica.

A stabilire un criterio generale per regolare questo conflitto di interessi, or mantenendo la regola del *resoluto jure dantis.....*, or facendo luogo alla eccezione, la dottrina aveva formulato questo principio: applicarsi la norma « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* » tutte volte che la causa della risoluzione del diritto del dante causa fosse anteriore all'acquisto del diritto fatto dal terzo (*causa antiqua et necessaria*); farsi invece luogo alla eccezione, tutte volte che questa causa fosse posteriore, dipendente dalla volontà di colui il diritto del quale si risolve, e il terzo potesse invocare la sua buona fede (*causa nova et voluntaria*). Con la regola, si avrebbe la risoluzione dei diritti dei terzi acquistati in qualunque tempo (*resolutio ex tunc*); con la eccezione, i diritti dei terzi sarebbero mantenuti, se acquistati, nelle condizioni sopra dette, sino ad un certo tempo (vedremo in seguito quale); e si annullerebbero, se acquistati dopo questo tempo (*resolutio ex nunc*). Alla suddetta formola noi crediamo sostituirne un'altra, che presso a poco vi corrisponde; ma che, per essere più chiara e precisa, è preferibile, e risponde più esattamente a tutti i singoli casi di risoluzione *ex tunc* o *ex nunc*, contemplati dal nostro Codice.

Noi dunque diremo: la risoluzione non ha effetto a danno dei terzi, aventi causa da colui il diritto del quale si risolve, tutte volte che la condizione risolutiva, quale essa sia, espressa o tacita, convenzionale o legale, dipenda nel suo verificarsi dal fatto di costui (nel senso ch'egli può impedirne l'avveramento, o per lo meno eliminarne le conseguenze); o, che, pur dipendendo da un fatto a lui estraneo, non sia stata preveduta e contemplata, nè sia inerente al titolo del suo acquisto. Fuori di queste circostanze, la risoluzione avrà effetto anche a danno dei terzi. Così, in conformità di questo criterio, entrano nella eccezione, val dire nella risoluzione *ex nunc*, i casi contemplati dagli articoli 1068, 1080, 1088, 1038-1042-1308-1529-1534, 1235, 1165-1511-1787, 1553, 39, 40. Rientrano invece nella regola, val dire nella risoluzione *ex tunc*, i casi contemplati

dagli articoli 1071-1072, 1079, 1528, 1095 e 1096 (salvo in questo ultimo caso il beneficio di escussione).

7. Merita solo qualche speciale considerazione la disposizione dell'art. 933. In conformità del criterio da noi stabilito, e che abbiamo tratto dalle stesse disposizioni del Codice, nelle quali è regolata la sorte dei diritti dei terzi, i diritti da costoro acquistati dall'erede apparente sui beni dell'eredità dovrebbero svanire, in seguito alla *petitio hereditatis* esercitata dall'erede vero; perchè, in principio, il diritto dell'erede apparente, non solo è risolubile per una causa inerente al suo titolo di acquisto, ma è addirittura *inesistente*, perchè precisamente questo titolo manca, non ve ne essendo che uno *apparente*. Nondimeno, poichè l'apparenza in tale circostanza, rispetto ai terzi, prende tutta la consistenza della verità, non potendosi ad essi muovere rimprovero di non aver appurato la vera condizione giuridica del loro dante causa, come si suppone; così la legge è venuta direttamente in loro soccorso, mantenendo i loro diritti acquistati dall'erede apparente, ma solo però i diritti di titolo oneroso; giacche la concessione che fa la legge, *al di là* del criterio stabilito per la risoluzione *ex nunc*, non doveva estendersi sino a proteggere un acquisto lucrativo.

8. Or vediamo a quale epoca bisogna riportare questo *nunc* della risoluzione dei diritti dei terzi; cioè, sino a qual tempo il terzo possa acquistare, da quegli il cui diritto è risolubile, il suo diritto, per poterlo validamente conservare. Questo tempo ordinariamente non è già quello, nel quale il diritto del dante causa effettivamente si risolve, per l'avveramento della condizione, o per la sentenza del giudice che deve dichiarare la risoluzione; bensì quello della trascrizione della domanda di risoluzione, che deve promuovere la persona nel cui interesse la risoluzione ha luogo. Perocchè da questo momento solo il terzo è messo sull'avviso di diffidare della posizione di colui col quale vuole contrattare, ed *imputet sibi* se nondimeno entra in rapporto con lui in base ad un diritto, che già è messo in discussione (art. cit. ed art. 1933).

9. Passiamo adesso a discutere della sorte dell'ipoteca, e degli altri diritti reali in genere, costituiti sull'immobile da colui che vi ha un dominio dipendente da titolo *annullabile*. Il principio è lo stesso: *annullato* il diritto del dante causa, resta *annullato* quello dell'avente causa: *infirmato jure dantis, infirmatur jus accipientis*. E si noti, che questo principio non soffre eccezioni; perchè, se da una parte il Codice non stabilisce alcuna eccezione riguardo agli atti *annullabili*, come invece fa rispetto agli atti *risolubili;* dall'altra parte manca anche la ragione di favorire il diritto dei terzi in siffatti casi. Il caso ordinario della *nullità* del titolo è la incapacità di uno dei contraenti, minore, interdetto, inabilitato, donna maritata (art. 1300). Ora, se quegli che ha contrattato con un incapace, senza le formalità volute dalla legge, potesse costituire sull'immobile acquistato diritti che dovessero essere rispettati a favore dei terzi, cioè dei suoi aventi causa, verrebbe meno la protezione della legge per quelle persone che ne sono meritevoli; per la qual protezione appunto è loro accordata l'azione di nullità. Se qui vi è conflitto d'interessi fra l'incapace ed il terzo (come vi era pure nei diritti condizionali, fra quegli a cui favore era stabilita la risoluzione dell'atto ed il terzo), esso non può decidersi che a favore del primo; anche perchè, mentre questi è vittima della sua inesperienza, l'altro invece lo è solo della sua imprudenza; giacchè il terzo è in grado di appurare la condizione giuridica del suo dante causa, e, vistala claudicante, di astenersi dal contrattare con lui, in base a quel diritto che sa infetto da un vizio di nullità. Se ciò non ostante si avventuri, o negligentemente si affidi, *imputet sibi*. Ove poi il titolo di diritto del dante causa è annullabile per vizio di consenso, dolo, frode o violenza, valgano le medesime considerazioni (art. 1300). Sicchè, in fondo, in questo mantener fermo, senza eccezioni, il principio: « *infirmato jure dantis, infirmatur jus accipientis* », si riscontra il criterio da noi stabilito riguardo agli atti *risolubili;* giacchè, rispetto agli atti *annullabili*, il terzo non si trova mai in quelle condizioni di fatto, per le quali, rispetto agli atti *risolubili*, poteva derogarsi al principio « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ».

10. Per le ragioni dette innanzi, l'incapace, dopo che ha invalidamente alienato l'immobile, può ancora disporne, *almeno* come proprietario il cui titolo sia risolubile pel fatto della conferma ch'egli potrà fare della prima alienazione. E quando l'incapace, dopo aver, per esempio, venduto l'immobile, senza le formalità volute dalla legge, vi costituisca sopra un'ipoteca, nei modi e per le cause determinate dalla legge (art. 1975), ed il creditore iscrive; e poscia il minore, divenuto maggiore, conferma quella vendita; la ipoteca sarà sempre salva, perchè l'effetto retroattivo della conferma non può aver luogo a danno del terzo, cioè del creditore ipotecario, *terzo* di fronte al compratore dell'immobile, essendo l'uno e l'altro aventi causa del minore. Della certezza positiva di questo risultato ne affida la chiara disposizione dell'art. 1309, non potendosi accogliere l'interpretazione di Troplong ed altri scrittori del corrispondente articolo 1338 del Codice francese. Questi autori, nel caso da noi configurato, vorrebbero sacrificare la ipoteca del creditore in favore dell'acquisto del compratore; e la salvezza dei diritti dei terzi, di cui parla l'articolo citato, la manterrebbero soltanto nel caso di *ratifica di atti messi in essere da persona diversa dal ratificante.* Così: Tizio vende l'immobile di Sempronio il 1° gennaio 1880, e il compratore trascrive. Il 1° gennaio 1881 Sempronio costituisce una ipoteca sull'immobile, ch'è suo, ed il creditore iscrive. Il 1° gennaio 1882 lo stesso Sempronio ratifica la vendita dell'immobile fatta abusivamente da Tizio. Si dice: la ratifica ha effetto retroattivo fra le parti, in modo che, fra l'altro, il compratore non ha bisogno di una novella trascrizione; ma la ipoteca però costituita da Sempronio, prima della ratifica, dev'essere rispettata dal compratore, quantunque la iscrizione sia di data posteriore alla trascrizione della vendita ratificata. Noi diciamo che questa distinzione, per la salvezza dei diritti dei terzi, fra la *conferma* dei nostri proprii atti invalidamente stipulati, e la *ratifica* degli atti fatti da altri abusivamente intorno ai nostri beni, è arbitraria, non solo, ma in aperta opposizione con la parola della legge. La quale, se nell'art. 1309 (1338 Cod. Nap.) parla di conferma e di ratifica promiscuamente, senza stabilire fra le due parole quella differenza che loro attribuisce il linguaggio

scientifico, è più che mai agli atti annullabili, messi in essere invalidamente da noi stessi, che si riferisce; perchè nei precedenti articoli, che con quello si coordinano, si parla appunto degli atti degli incapaci, o degli atti viziati di consenso per errore, dolo o violenza (art. 1300 e seg. Cod. ital.; 1304 Cod. Nap.).

Nè vi sarebbe stata la ragione del distinguere. Perocchè, quando il minore, dopo aver venduto nullamente l'immobile, vi costituiva una ipoteca secondo le forme volute dalla legge, dava, con questo, affidamento al creditore, ch'egli non avrebbe più confermato la prima vendita in suo danno; che anzi lo affidava avrebbe fatto valere la nullità della vendita stessa, come potrebbe farla valere lo stesso creditore direttamente, ove il compratore volesse disconoscere gli effetti della sua iscrizione. E ciò risponde al criterio generale adottato dal legislatore circa la sorte dei diritti dei terzi, aventi causa da colui il diritto del quale si risolve; facendoli, cioè, salvi tutte volte che la risoluzione, fra l'altro, dipenda dal fatto volontario del loro dante causa. Ora se, da una parte, il diritto che ha il minore sull'immobile venduto nullamente lo si può considerare come subordinato alla condizione risolutiva della conferma, ch'egli un giorno faccia di quella vendita; dall'altra parte, è certo che questa conferma è un suo fatto volontario. Epperò, i terzi che hanno avuto causa da lui, nel tempo che corre fra la vendita nulla e la conferma di essa, devono essere rispettati nei diritti acquistati, non ostante che cessi, svanisca, o si risolva, come meglio voglia dirsi, il diritto del loro dante causa.

11. Facciamo da ultimo osservare, ch'è nella essenza medesima del criterio adottato dal legislatore per la salvezza o la perdita dei diritti dei terzi, in seguito alla perdita del diritto del loro dante causa, dove si trova la giustificazione di esso. Nell'interesse del credito fondiario la buona fede dev'essere premiata ed incoraggiata, tanto più quando su cotesta buona fede viene a stabilirsi una catena non interrotta di diritti e d'interessi privati, i quali implicano un interesse generale, e dinnanzi a cui deve tacere qualche altro privato interesse, poggiato a rigorosi principii giuridici teoretici. In tutti i

casi nei quali noi abbiamo veduto fatto salvo il diritto del terzo, per eccezione al principio « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* », questo terzo non si è mai trovato in condizione di poterglisi direttamente o indirettamente addossare la responsabilità della imprudenza e della negligenza. E la legge prende appunto argomento da questa circostanza, per mantenere in piedi contrattazioni già consumate, anche a costo di sacrificare qualche altro minore privato interesse e la rigidezza del sistema del diritto.



Parte Seconda

—

DELLA

PUBBLICITÀ DELL'IPOTECA

Lezione Decimaprima

Sommario: Della iscrizione. — Contro quali persone la iscrizione è necessaria per dare efficacia all'ipoteca. — Questione rispetto ai legatarii dell'immobile ipotecato, e rispetto ai creditori chirografarii dell'ipotecante. — In qual tempo ed in qual luogo possa e debba iscriversi.

1. Gli atti tra vivi che concernono i diritti reali immobiliari, compresovi quello di proprietà, devono essere resi pubblici, all'effetto della loro conservazione ed efficacia di fronte ai terzi (art. 1932 e seg. e 1965). L'*iscrizione* è la forma di pubblicità del diritto reale d'ipoteca (art. 1981), come la *trascrizione* è la forma della pubblicità di tutti gli altri diritti reali (art. 1932). La iscrizione è la formalità indispensabile per la conservazione del diritto ipotecario, quale che essa sia la specie d'ipoteca di cui trattasi, nessuna esclusa ed eccettuata (art. 1965 e 1981 e seg.). Ma, come dicevamo, e come ragione vuole, è una formalità che riguarda esclusivamente i terzi, i soli interessati alla pubblicità del vincolo della proprietà. Epperò, nel rapporto fra il creditore ipotecario e l'ipotecante, l'ipoteca sussiste in base al solo titolo della sua costituzione, le parti non potendo ignorare, perchè occorra loro darne avviso, ciò che esse medesime hanno direttamente (ipoteca convenzionale), o indirettamente (ipoteca legale e giudiziale), voluto e stabilito. In conseguenza, non solo il creditore ipotecario potrà iscrivere sino a quando sussiste il suo credito, senza che il debitore ed il suo erede possano muovere opposizione; ma questi non possono nemmeno eccepire la nullità dell'iscrizione eseguita. Anzi, il debitore e l'erede non possono prevalersi della mancata rinnovazione dell'iscrizione, per salvarsi dalla responsabilità cui vanno incontro, quando concedono dei diritti ulteriori sugli immobili ipotecati, profittando di quella mancata rinnovazione della iscrizione del creditore ipotecario. Bene quindi è stato deciso dalla giurisprudenza

che, venduto dal debitore l'immobile ipotecato per una costituzione di rendita, dopo che l'iscrizione di questa ipoteca era perenta per mancata rinnovazione; il creditore, pur rispettando l'acquisto del compratore, il quale ha agito legalmente, possa far rescindere il contratto di rendita contro il debitore, in base alla mancanza delle promesse cautele (art. 1165, 1176, 1785, 1796). Invano costui vorrebbe opporre la omessa rinnovazione dell'iscrizione da parte del creditore, per fargliene una colpa ed addossargli la responsabilità della perdita della sua ipoteca; perocchè rispetto a lui quest'ipoteca sussisteva sempre, indipendentemente dall'iscrizione; e quindi, vendendo come libero l'immobile, da lui stesso prima ad altri ipotecato, veniva a contraddire il proprio fatto, a diminuire cioè o distruggere le cautele promesse al suo creditore.

2. Non però sussiste l'ipoteca senza iscrizione di rincontro al legatario dell'immobile ipotecato; giacchè il legatario, come successore a titolo particolare, è un *terzo* di fronte al creditore ipotecario, non diversamente di un compratore. L'art. 878, se impone al legatario il rispetto dei diritti reali gravanti sull'immobile a lui legato, suppone che questi diritti siano validamente acquistati e conservati (art. 1932 e 1942). E se l'art. 1942 permette l'iscrizione e trascrizione di diritti acquistati contro il precedente proprietario, anche dopo l'alienazione che costui ha fatto dell'immobile, e sino alla trascrizione da parte dell'acquirente; non può dirsi che il creditore ipotecario possa iscrivere sempre contro il legatario la ipoteca acquistata contro il testatore, sol perchè il legato non passa alla trascrizione. Perocchè gli acquisti *mortis causa* si considerano *perfetti, di rincontro a tutti gli interessati, in base al titolo della successione*, indipendentemente da qualsiasi formalità di pubblicità; onde la loro esenzione dalla trascrizione. Esenzione, che, costituendo una posizione di favore fatta al legatario, non può essergli rivolta contro, permettendo contro di lui una tardiva iscrizione, che non sarebbe permessa contro il compratore, il quale, affrettandosi a trascrivere, impedirebbe l'iscrizione del creditore del suo venditore. L'art. 1942 va inteso nella ipotesi che fa, e che solo può fare, di trasferimenti

cioè di diritti reali immobiliari per atti tra vivi, i soli che formano argomento di trascrizione (art. 1932 e 1933). Non può dunque da esso argomentarsi per analogia ai trasferimenti *mortis causa*, la trascrizione essendo instituto di stretto *jus singulare*. Ciò che invece deve argomentarsi dall'art. 1942 è questo: che perfezionatosi il trasferimento di proprietà in testa all'acquirente di fronte a tutti, i diritti acquistati sullo stesso immobile contro il precedente proprietario, ma non debitamente conservati mercè la loro trascrizione o iscrizione, non possono più conservarsi e farsi valere contro il nuovo proprietario. Epperò, siccome la proprietà dell'immobile legato si perfeziona *erga omnes* in testa al legatario in base al solo e nudo titolo del testamento, così i diritti acquistati su quell'immobile contro il *de cujus*, ma non debitamente conservati in vita di questi, non possono più conservarsi e farsi valere contro il nuovo proprietario, ch'è il legatario.

3. Fu gravissima questione, nei primi tempi che seguirono la pubblicazione del Codice Napoleone, se l'ipoteca, per essere efficace, abbisognasse della iscrizione nei rapporti fra il creditore ipotecario ed il creditore chirografario del comune debitore. Benchè in seguito dottrina e giurisprudenza si dichiararono quasi unanimamente per l'affermativa, nondimeno le ragioni della questione permangono, e sono di tale importanza nella sfera dei principii che non possiamo esimerci dal discuterli. La iscrizione, come misura di pubblicità dell'acquisto del diritto, non può interessare che i *terzi*. Chi sono questi *terzi?* La parola ha un significato tecnico nel linguaggio giuridico, e nell'ordine dei rapporti di diritto attinenti alla pubblicità. Sono *terzi*, gli uni di fronte agli altri, quelli che acquistano diritti sulla cosa da un medesimo dante causa; diritti fra loro incompatibili nella pienezza del proprio esercizio e godimento. Due compratori, due legatarii, due donatarii; o un compratore della piena proprietà ed un acquirente del dominio utile, di una servitù personale o reale; due acquirenti dello stesso dominio utile, o dello stesso diritto di usufrutto, di uso e d'abitazione; un acquirente della piena e libera proprietà, ed un creditore a cui favore si costituisca un'ipoteca... costoro sono tutti *terzi*, l'uno rispetto all'altro, in ordine

a quel rapporto giuridico pel quale essi trovansi in conflitto sullo stesso immobile, oggetto della trasmissione e costituzione dei diversi diritti reali. Ora, di questi diritti, incompatibili per loro natura e per intenzione degli interessati, non può salvarsene che uno; e la legge fa salvo, non già il diritto *prima* acquistato, ma il diritto *prima* conservato con la pubblicità. Di fatti per l'art. 1942, che si occupa della più larga forma della pubblicità, ch'è la *trascrizione*, come quella che si riferisce a tutti gli altri diritti reali immobiliari che non sia l'ipoteca, la quale è resa pubblica con la *iscrizione;* per l'art. 1942 è disposto: che sino a quando gli atti soggetti a trascrizione (art. 1932) non siano trascritti, non hanno effetto riguardo ai *terzi*, che a qualunque titolo hanno acquistato e *legalmente conservato* diritti sull'immobile. Risulta dunque da questa disposizione: anzi tutto che *terzi* sono quelli i quali acquistano *diritti sull'immobile* (diritti reali); e che questi diritti sono efficaci *erga omnes* soltanto dal momento che si sono legalmente *conservati* con la pubblicità, cioè con la trascrizione, o con la iscrizione, se il diritto reale è una ipoteca. Ed in vero, soggiunge l'ultimo capoverso dell'art. 1942: « Seguita la trascrizione, non può avere effetto contro l'acquirente alcuna trascrizione od iscrizione di diritti acquistati verso il precedente proprietario, *quantunque l'acquisto risalga a tempo anteriore al titolo trascritto* ».

Sicchè, il compratore, il donatario, ecc. dell'immobile non ha bisogno di trascrivere il suo titolo di acquisto per farlo salvo contro le pretese di un creditore chirografario dell'alienante; perchè questo creditore chirografario non è *terzo* nel senso dell'art. 1942, cioè uno che alla sua volta abbia acquistato un diritto sullo stesso immobile (diritto reale), e che lo abbia in conseguenza potuto conservare; il creditore chirografario non avendo che una garentia generica su tutti i beni presenti e futuri del debitore, senza che mai essa si concretizzi sopra una data cosa col carattere di diritto reale, e garentia d'altra parte non soggetta ad alcuna forma di pubblicità.

4. Ora appunto si può dire: che come il compratore fa salvo il suo diritto di proprietà, di fronte al creditore chirografario del

suo venditore, in base al suo titolo di acquisto, e senza bisogno di trascrizione; così il creditore ipotecario deve poter far salvo il suo diritto d' ipoteca, di fronte al creditore chirografario del comune debitore, in base al solo titolo costitutivo dell'ipoteca, senza bisogno d'iscrizione; la quale è una misura di pubblicità per la ipoteca, non diversa dalla trascrizione per gli altri diritti reali, in tutto quello che riflette le conseguenze e l'efficacia di essa pubblicità, ed in quanto si attiene ai *casi* pei quali la pubblicità è richiesta.

Aggiungasi che la legge non si occupa dell'iscrizione ipotecaria se non realmente nelle sole ipotesi di conflitto d'interessi fra *terzi*, nel significato di questa parola da noi sopra dichiarato. Di fatti, sotto la rubrica « *Dell'ordine delle ipoteche* » gli art. 2007 e 2008 parlano dell'iscrizione per determinare il grado di prelazione fra due o più creditori ipotecari, i quali sono *terzi* gli uni di fronte agli altri, perchè tutti acquirenti del diritto d'ipoteca sullo stesso immobile (si suppone), e non potendo coteste diverse ipoteche considerarsi tutte *prime* nella pienezza del loro valore; onde della loro sorte, per la preminenza nella graduazione, deciderà la priorità della iscrizione. Poi, sotto la rubrica « *Degli effetti dell'ipoteca riguardo al terzo possessore* » troviamo che della iscrizione la legge fa una condizione *sine qua non* dell'efficacia dell'ipoteca appunto nell'ipotesi del conflitto fra il creditore ipotecario ed il *terzo possessore*, l'acquirente in genere di un diritto reale sullo stesso immobile ipotecato (art. 2013 e seg.); perchè cotesto creditore ipotecario e cotesto possessore sono *terzi* l'uno di fronte all'altro. Invece, in nessun luogo la legge parla, nemmeno indirettamente, della necessità della iscrizione, per l'efficacia dell'ipoteca, nei rapporti fra il creditore ipotecario ed il creditore chirografario. Anzi, in una circostanza nella quale sono messi a contatto il creditore ipotecario ed il creditore chirografario (art. 2092), la legge assicura la preminenza dell'uno sull'altro in base al solo titolo dell'ipoteca, senza parlare d'iscrizione; perchè parla precisamente di creditore *ipotecario*, e non di creditore ipotecario *iscritto*, come fa in tutte le altre circostanze nelle quali il creditore ipotecario trovisi di fronte ad altri creditori ipotecari o possessori dell'immobile ipotecato. Che resta dunque perchè, contro tutto questo

stringente discorso, la dottrina e la giurisprudenza abbiano potuto risolvere la tesi in diverso senso, ed ormai con tale unanime acquiescenza, che su tal punto di diritto di *questione* non resta che il nome? Resta la disposizione dell'art. 1965, che, in modo positivo, se non logico, richiede l'iscrizione come formalità necessaria a dare efficacia all'ipoteca in generale; senza distinguere di fronte ai tali o tali altri *terzi*. Diciamo, in modo positivo, perchè realmente l'espressione dell'art. 1965 — « l'ipoteca non ha effetto se non è resa pubblica » — nel suo energico e largo comando non si presta a distinzioni. Ma non diciamo anche, in modo logico; perchè rimane così niesplicabile una differenza di estensione nella sfera di azione fra la trascrizione e l'iscrizione, che pure sono due forme parallele di un medesimo principio e concetto di pubblicità, dettate in vista di un medesimo ed identico interesse generale, la sicurezza del credito fondiario.

5. Prima di esaminare le forme da osservarsi per la validità dell'iscrizione, fermiamoci sopra due altre indagini preliminari di questo istituto della pubblicità ipotecaria; e cioè: in qual tempo ed in qual luogo va eseguita l'iscrizione. E cominciamo dal tempo.

Appena costituita, l'ipoteca può essere iscritta; perocchè la legge nè fissa un termine, a cominciare dal quale la iscrizione possa eseguirsi; nè un termine, entro il quale essa debba eseguirsi. L'iscrizione, come mezzo di conservazione del diritto d'ipoteca, dev'essere aperta al creditore non appena e sino a quando questo diritto di ipoteca sussiste, non tenendo conto naturalmente di quel ritardo forzato che possa provenire da difficoltà materiali, o anche da accordi presi fra le parti. Nondimeno vi sono delle eccezioni che occorre dichiarare. 1° Per il combinato disposto degli art. 2012, 2042 e 2089, la iscrizione non può più aver luogo dopo la iscrizione della ipoteca legale della vendita all'incanto, accesa dal cancelliere a favore della *massa dei creditori istanti*. Occorreva pure stabilire un termine, entro il quale la sorte dei vari interessati in una espropriazione fosse definitivamente stabilita. 2° Per l'art. 1942 l'iscrizione non può più aver luogo dopo che il debitore ha alienato l'immobile

ipotecato, e l'acquirente *per atto tra vivi* ha trascritto il suo titolo d'acquisto; e tanto se trattasi di un atto di alienazione volontaria, quanto se forzata (onde la sentenza di vendita all'incanto è soggetta a trascrizione, al pari di una vendita condizionale [art. 1932, n. 4]) e per ragioni che costituiscono tutto il fondamento della pubblicità dei diritti reali immobiliari. Però può iscriversi contro l'acquirente, anche dopo la trascrizione che questi ha fatto del suo titolo, allorchè l'alienazione sia fatta sotto una condizione risolutiva. Si rientra allora nei termini dell'art. 1976. 3° Per l'art. 710 del Cod. comm. non possono iscriversi le ipoteche validamente acquistate contro il fallito, dopo che è intervenuta una sentenza dichiarativa di fallimento, la quale tien luogo quasi di trascrizione dell'alienazione dei beni del debitore. Per ipoteche validamente costituite, nell'articolo 710 s'intendono le ipoteche acquistate prima dell'epoca della cessazione dei pagamenti, o anche quelle acquistate dopo, ma prima della sentenza dichiarativa del fallimento, e che il creditore *dimostri esenti da frode*, la quale è supposta in essa dalla legge con presunzione *juris tantum* (art. 709 Cod. comm.).

Diciamo poi espressamente che l'iscrizione, per le ragioni svolte in una precedente lezione, anzi *a fortiori*, non è arrestata dalla trascrizione del precetto immobiliare di cui nell'art. 2085, come invece si opina da molti.

Fuori di queste restrizioni, rimane fermo il principio che nessun termine di decadenza o di prescrizione sia stabilito per la presa d'iscrizione ipotecaria, il legislatore rimettendosene alla diligenza ed all'interesse del creditore. Ciò però non vuol dire che, presa la iscrizione, questa conservi la sua efficacia per tutto il tempo pel quale sussiste il diritto d'ipoteca. L'iscrizione ha una durata sua propria di efficacia, un trentennio (art. 2001), dopo del quale, se non rinnovata prima della scadenza del trentennio, si perime, non ostante che l'ipoteca sussista ancora. In tal caso si potrà, è vero, continuare a iscrivere, ma questa seconda iscrizione non varrà in rinnovazione e prolungazione della prima, ma come una nuova originaria iscrizione con effetti utili dalla sua propria data. Di ciò meglio sarà fatta parola quando tratteremo della *rinnovazione della iscrizione*.

6. Ora vediamo in qual luogo va presa la iscrizione. Ammessa la pluralità degli uffici di conservazione delle ipoteche, distribuiti in un'apposita circoscrizione territoriale, per la maggior comodità dei cittadini, e per la più sicura e facile consultazione dei registri ipotecari; era naturale prescrivere obbligatoriamente l'iscrizione presso quell'ufficio, nella circoscrizione territoriale del quale trovansi situati i beni gravati (art. 1981). Altrimenti sarebbe stato come obbligare gli interessati a consultare i registri di tutti gli uffici ipotecari del regno, per essere sicuri dello stato patrimoniale immobiliare della persona con la quale vorrebbero contrattare; del quale stato le relative trascrizioni ed iscrizioni si trovassero segnate in un remoto ufficio di conservazione delle ipoteche. È nulla dunque assolutamente una iscrizione presa in un ufficio diverso dal proprio; anche se lo scambio dipenda da erronea indicazione del Comune nel quale sono situati i beni, quando nell'atto costitutivo dell'ipoteca questo Comune lo si faccia apparire appartenente ad una circoscrizione di ufficio ipotecario diversa dalla propria; perchè lo scopo della pubblicità non sarebbe per questo errore meno tradito nell'interesse dei terzi.

La disposizione dell'art. 1981 deve osservarsi con rigore anche nel caso che i beni sottoposti ad ipoteca con un solo atto costitutivo, appartengano allo stesso ipotecante e ad una stessa tenuta o comprensione degl'immobili ipotecati, ma cadenti in parte nella circoscrizione di un ufficio di conservazione, ed in parte in quella di un altro ufficio.

Lezione Decimaseconda

Sommario: Continuazione della iscrizione. — Chi può e chi deve curare la iscrizione ipotecaria. — Della iscrizione di ufficio. — Contro chi va presa la iscrizione.

1. Chi può richiedere la iscrizione?

La iscrizione può anzi tutto essere richiesta dallo stesso creditore, come il più direttamente interessato, anche quando egli sia un incapace, trattandosi di atto semplicemente conservativo (art. 1982 e 1983). Il creditore può richiedere la iscrizione per mezzo di mandatario speciale o generale (art. 1740 e 1741, 1995). Il mandato può essere anche tacito, e basta pure la gestione di affari altrui; perchè, se la legge determina essa in alcuni rincontri le persone che possono eseguire la iscrizione a nome del creditore, è in quanto queste persone, alcune sono *obbligate*, ed altre *interessate*, alla iscrizione medesima (articoli 1982, 1983, 1984 e 1985); ciò che non importa esclusione di gestione volontaria in tutti gli altri rincontri.

Il cessionario di un credito ipotecario, non ancora iscritto, può richiedere egli la iscrizione, anche prima che la cessione sia perfetta di fronte al debitore ed ai terzi (art. 1539); perchè potendo sempre la iscrizione essere richiesta dallo stesso cedente, nessuno ha interesse d'impedire che la chiegga il cessionario. S'intende però, che la iscrizione eseguita dal cessionario non vale di per sè a rendere la cessione perfetta rispetto al debitore ed i terzi, come sarà meglio spiegato in seguito; anzi della iscrizione eseguita da un primo cessionario può avvalersi un secondo, rispetto al quale la cessione siasi resa perfetta di fronte a tutti prima della precedente cessione.

L'usufruttuario di un credito ipotecario, non ancora iscritto, non solo può domandare la iscrizione come interessato, ma ne ha l'obbligo, dovendo egli adempiere a tutti gli atti di ordinaria e straordi-

naria amministrazione che riguardano il cespite su cui cade l'usufrutto (arg. art. 501).

Finalmente la iscrizione può essere richiesta dai creditori del debitore, a cui favore esiste un'ipoteca; interessati come sono alla conservazione del patrimonio del loro debitore, e quindi autorizzati ad esercitarne i diritti (art. 1234).

Se il credito ipotecario è solidale, o indivisibile, ciascun creditore può e deve prendere iscrizione per l'intero, o nel suo nome esclusivo, o nel nome di tutti. Se invece è semplicemente congiunto, ciascun creditore non può prendere iscrizione in suo nome che per la propria parte di credito; per le altre egli può eseguire la iscrizione, ma in nome degli altri creditori e come loro gestore di affari.

2. Secondo or ora accennavamo, vi sono poi persone *obbligate* a prendere iscrizione in nome e nell'interesse del creditore. Quest'obbligo si verifica soltanto nelle ipoteche legali, per le quali, essendosi mantenuto il principio della necessità della iscrizione, era necessario addossarne la esecuzione a persone diverse dal creditore, nei casi in cui questo creditore è un incapace; sussistendo per la *conservazione* del diritto d'ipoteca quella medesima ragione di protezione, la quale aveva consigliato la *concessione legale* del diritto medesimo.

A termine dell'articolo 1982 il marito ed il notaio, che ha ricevuto l'atto di costituzione dotale, sono obbligati a prendere la iscrizione della ipoteca legale della moglie entro venti giorni dall'atto medesimo. Quest'obbligo incombe solo al marito, se trattisi di somme dotali provenienti alla moglie da successione. A termine dell'art. 1983 poi, il tutore, il protutore, ed il cancelliere che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia, con la quale si è proceduto alla nomina del tutore ed alla determinazione delle garentie per l'amministrazione tutelare, sono obbligati a prendere la iscrizione della ipoteca legale dei minori ed interdetti, ed entro venti giorni dalla deliberazione medesima. Sanzione di quest'obbligo per le persone indicate negli articoli 1982 e 1983, nel caso d'ina-

dempimento *entro il termine prescritto dalla legge*, è la responsabilità del risarcimento del danno, una multa estensibile a lire mille, e la rimozione del tutore e protutore dal loro officio (art. 1984). A maggior garentia degl'interessati, il capoverso dell'art. 1984 affida al procuratore del re la vigilanza della esecuzione delle accennate disposizioni, con facoltà di richiedere egli stesso la iscrizione delle menzionate ipoteche.

Anche ogni parente del minore e dell'interdetto ha facoltà di richiedere la iscrizione (art. 1983); facoltà che per ciò stesso include una specie di obbligo morale, come anche pel procuratore del re, e che spiega il ricordo speciale che fa la legge di coteste persone, mentre la loro facoltà di procedere alla iscrizione procedeva altresì dalla gestione di affari.

In applicazione poi dei principii generali, incombe l'obbligo della iscrizione a qualunque persona, che ha l'amministrazione del patrimonio di colui al quale appartiene l'ipoteca, sia l'amministrato un ente morale, sia una persona fisica; l'amministrazione portando con sè l'obbligo della conservazione dei beni, e la iscrizione essendo atto conservativo. Per l'adempimento di quest'obbligo però non può esservi altra sanzione che la responsabilità comune del risarcimento, e non la multa, la quale, come *pena*, benchè civile, non può aver luogo che nei soli casi tassativamente determinati dalla legge.

Obbligato a prendere iscrizione, nell'interesse altrui, è anche il cancelliere del tribunale a termine dell'art. 2089. Obbligato a prendere iscrizione è pure l'acquirente di un immobile ipotecato, quando vuol purgarlo delle ipoteche già iscritte. Egli deve prendere sull'immobile acquistato una iscrizione a favore della massa di tutti i creditori del suo alienante, a garentia del prezzo da lui dovuto (art. 2042). Lo scopo di questa iscrizione è di fissare ad un determinato valore tutte le precedenti iscrizioni, e di assicurare ai creditori chirografari istanti il sopravanzo, che perciò il compratore non potrebbe pagare al venditore senza sua responsabilità (art. 2092).

A norma poi dell'art. 748 Cod. comm. il curatore del fallimento è obbligato a prendere le iscrizioni non ancora accese delle ipoteche del fallito contro i suoi debitori, ed in nome della massa.

3. Obbligato a prendere iscrizione nell'interesse del creditore ipotecario è il Conservatore delle ipoteche, il quale, quando gli è presentato alla trascrizione un atto di alienazione, deve, *di ufficio*, prendere iscrizione per la ipoteca legale dell'alienante, di cui nel n. 1 all'art. 1969. Questa iscrizione di ufficio non ha alcuna particolarità che la distingua da tutte le altre iscrizioni, per quanto si attiene alle formalità necessarie onde consacrarla nei registri, ed alla sua efficacia riguardo alla data da cui prende grado. Ma è lo stesso diritto ipotecario, invece, dell'alienante quello che, messo di fronte all'istituto della trascrizione, è costituito in modo da prendere la consistenza di un vero *privilegio*, distinguendosi per tal suo carattere di favore da ogni altra ipoteca.

Stando ai principii generali della materia, prescindendo per poco dall'art. 1985 e cap. dell'art. 1942, se il compratore di un immobile, rimasto ancora debitore del prezzo, consentisse una ipoteca sull'immobile medesimo a favore di un terzo, e questo iscrivesse la sua ipoteca convenzionale prima che l'alienante iscrivesse la sua ipoteca legale; il conflitto fra questi due non potrebb'essere deciso che a favore del primo, pel principio: *prior in tempore, potior in jure.* Alla migliore condizione dell'alienante, invece, cominciava la legge col provvedere, incaricando il conservatore stesso della iscrizione della sua ipoteca legale; di modo che, se il compratore si affrettava a trascrivere il suo titolo di acquisto, e soltanto dopo la trascrizione egli consentiva delle ipoteche sull'immobile acquistato, l'alienante sarebbe sempre collocato innanzi a tutti gli altri creditori ipotecari del compratore; perchè la sua iscrizione avrebbe avuto la medesima data della trascrizione, e quindi anteriore alle altre iscrizioni, che abbiamo supposte accese dopo la trascrizione. Però, se il compratore dell'immobile vi avesse consentito delle ipoteche, ed il creditore le avesse iscritte prima che l'atto di vendita fosse stato trascritto, la ipoteca legale dell'alienante iscritta dopo (o per iniziativa dell'alienante stesso, o d'uffizio, quando il compratore avesse presentato l'atto di acquisto alla trascrizione) avrebbe dovuto essere graduata in secondo posto, ed avrebbe potuto essere affatto pregiudicata dal valore della prima ipoteca, assorbente il prezzo dell'immobile.

4. Per evitare questo risultato, alcuni argomentano dai principii generali di diritto, che, prima della trascrizione da parte del compratore dell'immobile, questi non vi possa costituire validamente alcun diritto reale, perchè l'alienazione dell'immobile, rispetto ai terzi, non è perfetta se non con la trascrizione; e perciò l'alienante non deve sentire pregiudizio dalle ipoteche consentite dal compratore sull'immobile prima della trascrizione, rispetto a lui non esistendo neppure queste ipoteche; e potendole impugnare, meno che con la sua veste di creditore ipotecario, con quella di proprietario dell'immobile in questione, dovendosi egli appunto considerare rispetto ai terzi ancora proprietario dell'immobile alienato, sino a quando non ha avuto luogo la trascrizione del titolo di acquisto da parte dell'acquirente.

Noi respingiamo recisamente questa teoria. Il venditore non può mai egli stesso opporre il difetto di trascrizione, come il debitore non può opporre il difetto d'iscrizione. La vendita è perfetta fra le parti col consenso legittimamente manifestato (articoli 1125 e 1448), e la trascrizione riguarda i *terzi* (art. 1942); ma i *terzi* sono soltanto quelli che hanno causa da un comune autore, considerati l'uno di fronte all'altro, acquistando ciascuno lo stesso diritto o diritti incompatibili sull'immobile, e *conservandoli legalmente.* Ora il venditore non è terzo, *come venditore*, rispetto al creditore ipotecario del compratore; perchè egli, tutt'altro che l'*avente causa*, è il *dante causa* di costui; quindi la trascrizione non lo riguarda, nel senso che rispetto a lui la proprietà dell'immobile venduto è definitivamente passata al compratore, tale essendo anche la sua intenzione, che non ha bisogno di essere protetta dalla pubblicità; epperò il compratore ha potuto validamente disporne. Resta che il venditore è *terzo*, rispetto al creditore ipotecario del compratore, come *creditore ipotecario* egli stesso del prezzo della vendita non ancora soddisfattogli. Ma fra i *terzi* appunto, aventi causa da un comune autore, che nel nostro caso è il compratore, decide la priorità della iscrizione o trascrizione dei loro titoli; e noi abbiamo supposto che il creditore ipotecario convenzionale del compratore abbia iscritto prima del creditore ipotecario legale, cioè l'alienante;

ciò che basta per decidere il conflitto in favore del primo, alla stregua dei principii.

Nondimeno, la legge col suo diretto intervento è venuta in soccorso dell'alienante, derogando ai principii nel cap. dell'art. 1942; stabilendo: « che sino a quando non sia eseguita la trascrizione dell'atto di alienazione, non può aver luogo alcuna iscrizione o trascrizione sull'immobile alienato, da parte degli aventi causa del nuovo proprietario, in pregiudizio della ipoteca legale dell'alienante ». Perocchè, se coteste iscrizioni e trascrizioni non possono validamente accendersi, se non *dopo* la trascrizione dell'atto di alienazione, avverrà che la iscrizione della ipoteca legale dell'alienante, *presa di ufficio dal Conservatore, contemporaneamente alla trascrizione suddetta, precederà* tutte le successive iscrizioni e trascrizioni, prese sull'immobile dagli aventi causa dell'acquirente; epperò, riprenderà la sua normale funzione il « *prior in tempore, potior in jure* ». Così, il favore di una iscrizione di ufficio, stabilita nell'art. 1985, è completato dal modo con cui rispetto ad essa funziona la trascrizione dell'atto di alienazione, stabilito nel cap. dell'art. 1942, il quale articolo, in questa parte, contiene una disposizione di stretto diritto positivo, derogatorio dei principii generali della materia.

5. Quale la ragione di sì eccezionale favore? Non altra che la forza della tradizione. Pel Codice Napoleone il creditore godeva, non già di una ipoteca legale, ma di un vero *privilegio* immobiliare, il quale, benchè soggetto alla pubblicità, retroagiva però sempre al momento della sua nascita; epperò, malgrado che il privilegio del venditore fosse reso pubblico dopo che gli aventi causa del compratore avessero acceso sull'immobile le loro iscrizioni e trascrizioni, giuridicamente, per la sua retroattività, si reputava anteriore in data, e quindi produceva il suo pieno effetto. Avvenne allora che, volendo il nostro Codice conservare integra la sostanziale posizione del venditore, quale era nel diritto anteriore; ma non concedendogli più un privilegio, bensì una ipoteca legale, la cui iscrizione non può retroagire; disponeva tassativamente, che soltanto in questo caso la trascrizione dell'atto di alienazione fosse necessaria,

onde i terzi potessero validamente acquistare diritti sull'immobile da parte del compratore contro l'ipoteca legale dell'alienante, per dar così campo al conservatore d'iscrivere d'ufficio questa ipoteca, quando gli era presentato alla trascrizione l'atto di vendita, assicurandola in tal modo contro tutte le successive alienazioni dell'immobile consentite dall'acquirente. In sostanza poi tutto si riduce ad una virtuale retroattività di quella iscrizione di ufficio, perchè le trascrizioni ed iscrizioni prese sull'immobile dagli aventi causa del compratore, anche prima della trascrizione dell'atto di vendita, non sono già *nulle*, ma debbono soltanto sopportare e rispettare la ipoteca legale dell'alienante, quantunque non iscritta in precedenza. Lo che conferma la nostra teoria; non essere, cioè, mai necessaria la trascrizione perchè di fronte al venditore avvenga la trasmissione della proprietà in testa al compratore, e quindi perchè siano valide le successive alienazioni fatte da costui riguardo all'immobile in questione; trascrizione necessaria soltanto rispetto ai terzi, cioè gli aventi causa di un comune autore. Teoria che nel caso nostro è accademica, ma che in altri rincontri può avere tutta la sua pratica importanza, e per cui insistiamo a difenderla e propugnarla.

La prova più evidente finalmente di codesta interpretazione, che noi diamo del capoverso dell'articolo 1942, sta in ciò: che l'articolo 2049 del progetto Miglietti, nell'intento di favorire l'ipoteca legale dell'alienante, senza dare a costui il beneficio di una iscrizione di ufficio, gli accordava però il vantaggio di far retroagire la sua iscrizione al momento dell'alienazione, purchè essa iscrizione fosse stata accesa entro i venti giorni da questa data. Era una mitigazione dell'estremo favore accordato dal Codice Napoleone, ma sempre un favore, che il nostro Codice non seppe togliere del tutto, limitandosi invece ad organizzarlo in modo che meno ne fosse leso il credito pubblico e la buona fede. Di fatti, per il nostro Codice, basta che gli aventi causa del compratore consultino prima i registri della trascrizione, per vedere se il titolo di acquisto del loro dante causa è stato trascritto, e sono salvi da ogni sorpresa.

6. Il conservatore è responsabile della mancata iscrizione di ufficio, la quale deve eseguirsi, non già quando dall'atto di alienazione risulti non ancora pagato il prezzo, come sarebbe ragionevole, e come è stabilito pel Codice francese e la legge ipotecaria belga; ma in ogni caso in cui non risulti invece espressamente, per atto pubblico, o scrittura privata autenticata da notaio od accertata giudizialmente, che le obbligazioni dell'acquirente siano state adempiute (art. 1985). Nemmeno avrebbe luogo l'iscrizione di ufficio, se nell'atto di alienazione medesimo fosse dichiarato che l'acquirente ha già adempiuto a tutte le sue obbligazioni; o se l'alienante rinunziasse alla ipoteca legale; o dispensasse anche il conservatore dal prendere iscrizione, trattandosi di un suo privato interesse.

7. La iscrizione, secondo il nostro sistema ipotecario, va fatta in testa alla persona del datore d'ipoteca (art. 1987, n. 1), con riferimento all'immobile ipotecato. Nei registri quindi è la persona che va a ricercarsi per ordine alfabetico, onde vedere se gravino delle ipoteche sugl'immobili a lei appartenenti; mentre per altri sistemi va a ricercarsi direttamente lo stesso immobile, individuato secondo le indicazioni del catasto, per vedere se vi gravino ipoteche; e la persona del possessore trovandovisi ricordata in via affatto secondaria, perchè avrà potuto già aver luogo un trapasso di proprietà, senza che ne sia stata ancora fatta l'annotazione; sistema di gran lunga più sicuro nell'interesse del credito fondiario, ma che presuppone un buon catasto probatorio. La iscrizione dunque, secondo il nostro sistema, va presa contro il datore d'ipoteca, proprietario dell'immobile ipotecato; il quale ordinariamente è anche il debitore (art. 1987), ma può essere anche una terza persona (art. 1964), che perciò deve figurare nella iscrizione (art. 1998); scopo di questa essendo appunto quello d'informare il pubblico circa la condizione patrimoniale di colui col quale si vuol contrattare.

Se il datore d'ipoteca è morto, prima che sia eseguita l'iscrizione, contro di lui, la iscrizione può eseguirsi, tanto contro il defunto, quanto contro i suoi eredi o aventi causa; onde il creditore, nell'ignoranza di costoro, non sia costretto a delle lunghe indagini per indivi-

duarli, e ritardare così, con pericolo del suo diritto ipotecario, l'iscrizione. Ma se gli eredi ed aventi causa figurano già da tre mesi nei registri censuari come possessori legittimi degl'immobili ipotecati, il creditore ha l'obbligo di accendere l'iscrizione contro le loro persone, potendovi però sempre aggiungere il nome del defunto loro autore, per far salvo il suo diritto contro altri eredi o legittimi pretendenti dell'immobile ipotecato, che si manifestassero in seguito (art. 1996). Questi aventi causa del defunto, diversi dagli eredi, non possono essere che i legatari. Ora noi sostenemmo che contro il legatario dell'immobile ipotecato non può più validamente iscriversi l'ipoteca acquistata dal creditore contro il debitore in vita, e non iscritta prima della morte di costui, applicandosi l'ultimo capoverso dell'art. 1942; nel senso che, divenuto *perfetto* il passaggio di proprietà in testa al nuovo possessore dell'immobile ipotecato, non possa più iscriversi contro costui l'ipoteca acquistata contro il precedente proprietario; ed il legatario diventando proprietario *erga omnes* in forza del solo titolo del testamento, indipendentemente da ogni trascrizione, non necessaria per gli acquisti *mortis causa*. Per spiegare dunque questa facoltà concessa dall'art. 1996 al creditore ipotecario d'iscrivere tardivamente la sua ipoteca contro il legatario, è necessario supporre che il legato sia stato fatto con la dichiarazione del vincolo ipotecario, accettato e riconosciuto quindi dal legatario come peso inerente al fondo, da sopportarsi da lui. Gli aventi causa del *de cujus* per atto tra vivi non possono essere contemplati nella disposizione dell'art. 1966; perchè, o il donatario, compratore, acquirente in genere dell'immobile ipotecato, ha trascritto il suo titolo di acquisto, ed il creditore non può più iscrivere in base all'ultimo capoverso dell'art. 1942; o l'acquirente non ha trascritto, ed il creditore potrà iscrivere contro il nome del defunto suo debitore o eredi del medesimo, quell'acquirente essendo a lui legalmente sconosciuto, per non essersi rivelato sui pubblici registri della trascrizione.

Lezione Decimaterza

Sommario: Continuazione della iscrizione. — Della presentazione dei *titoli* e loro requisiti. — Della presentazione delle *note*, ed indicazioni che devono contenere, da riprodursi nell'iscrizione sui registri. — Sanzione della legge in causa della loro omissione o inesattezza.

1. Per procedersi alla iscrizione sui registri ipotecari, il richiedente deve presentare al conservatore il *titolo costitutivo della ipoteca* e *due note*, o fogli dichiarativi, di cui or ora vedremo il contenuto (art. 1987 in princ.). Per titolo costitutivo dell'ipoteca qui s'intende il documento comprovante il titolo o la causa giuridica dell'ipoteca stessa, e cioè: l'atto contenente la convenzione ipotecaria delle parti; la sentenza di condanna, ai termini dell'articolo 1970, producente la ipoteca giudiziale; l'atto di alienazione o di divisione, la deliberazione del consiglio di famiglia che provvede per la tutela dell'amministrato, l'atto di costituzione dotale, la sentenza di condanna penale o il mandato di cattura, che producono la ipoteca legale a termini dell'art. 1969.

La presentazione del titolo è necessaria, sia perchè il conservatore constati il *diritto* del richiedente ad ottenere la iscrizione, in base a quel titolo fornito dei requisiti voluti dalla legge (art. 2069); sia perchè gli serva di controllo a stabilire la corrispondenza delle note, contemporaneamente esibite dal richiedente, col titolo medesimo.

Questo titolo costitutivo dell'ipoteca, se consiste in un atto privato, deve contenere l'autenticazione notarile, o l'accertamento giudiziale, della sottoscrizione dell'ipotecante (art. 1989 in princ.), e per le ragioni che esponemmo altrove.

Inoltre dev'essere presentato nel suo originale coi documenti accessori, se ve n'ha (art. 1989, 2° comma); come, per esempio,

un posteriore atto dichiarativo del credito, di cui nell'articolo 1992; un atto di cessione del credito ipotecario non iscritto dal cedente, ecc. Di più, l'originale della privata scrittura coi suddetti documenti resterà depositato nell'ufficio delle ipoteche (art. 1989, 3° comma), perchè i terzi possano prenderne visione, in quanto vi sia del loro interesse. Ove poi il richiedente l'iscrizione non trovisi in condizione di presentare l'originale della privata scrittura, per trovarsi questo depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio, basterà la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, da cui risulti che la scrittura ha i requisiti necessari (art. 1989, 2° comma), fra i quali l'autenticazione o accertamento della sottoscrizione dell'ipotecante. Per argomento a contrario fra il 2° ed il 3° comma dell'articolo 1989 è da ritenere, che la copia suddetta non verrà trattenuta in ufficio, ma bensì restituita al richiedente la iscrizione, perchè, presane nota nella iscrizione, i terzi potranno rivolgersi all'archivista o al notaio, presso i quali è depositato l'originale, onde esaminarlo nel loro interesse.

2. Se il titolo costitutivo della ipoteca sia un atto pubblico, la presentazione sarà fatta sulla copia rilasciata dal notaio, o dal cancelliere dell'autorità giudiziaria, che ha emanato la sentenza producente ipoteca (art. ed arg. art. 1987, 1988, 1989, 2069).

È solo nel caso che non siasi ancora pagata la tassa di registro, a cui è soggetto il titolo, che non è necessaria la esibizione di questo nella sua copia legale, bastando in tal caso che le note per la iscrizione siano certificate dal notaio o dal cancelliere, ed aggiuntavi una terza nota per gli effetti dell'art. 1946. Difatti, è nel caso che non siasi ancora pagata la tassa di registro che al richiedente la iscrizione può mancare la copia del titolo costitutivo della sua ipoteca, e la legge non ha voluto per questo pregiudicare la sua posizione, garentendo d'altra parte anche l'interesse dei terzi, col dimandare l'autenticazione delle note d'iscrizione da parte del pubblico ufficiale, che può controllarne la regolare corrispondenza al titolo (1991).

Trattandosi di atto costitutivo d'ipoteca seguito in paese estero,

occorre per la iscrizione presentarlo al conservatore legalizzato, nei modi prescritti dal Codice di procedura civile (art. 1990).

Il conservatore non ha facoltà d'instituire minute indagini intorno la regolarità o inesattezza dei titoli e documenti presentati per la iscrizione; ma ha il diritto e il dovere soltanto di rifiutare la iscrizione, quando i titoli non racchiudano i requisiti indicati negli articoli 1978, 1989, 1990 (art. 2069). In tutti gli altri casi, la irregolarità ed illegalità dei titoli condurrà alla nullità della iscrizione; ma intanto questa dev'essere eseguita, pena, in caso di rifiuto e di ritardo, la responsabilità del conservatore, il quale, fra l'altro, non ha la competenza di giudicare del valore giuridico di quelle irregolarità ed inesattezze.

3. Insieme al titolo costitutivo dell'ipoteca si presentano al conservatore due note, una delle quali può essere stesa in calce allo stesso titolo (art. 1987, in princ.). Queste note altro non sono che dei moduli contenenti tutte le indicazioni necessarie per operare la iscrizione sui registri, e che quivi appunto devono essere riprodotte. Esse, dunque, da una parte servono a mettere il conservatore in grado di eseguire la iscrizione, senza costringerlo ad una minuta consultazione del titolo, per ricavarne egli stesso gli elementi della iscrizione; e dall'altra parte servono a controllare l'esattezza della corrispondenza della iscrizione con le enunciazioni contenute nelle note, in base alle quali è stata operata, per stabilire così la debita responsabilità del conservatore. Tanto vero, che di queste due note, una, dopo eseguita la iscrizione, va restituita al richiedente, contenente in calce il certificato del conservatore della operata iscrizione, con la data ed il numero d'ordine della medesima; e l'altra è ritenuta dal conservatore (art. 1988). Giova insistere su questo carattere e questo scopo delle note, di modulo, cioè, e di controllo nei rapporti fra il richiedente ed il conservatore; perocchè rispetto ai terzi è la sola iscrizione eseguita sui registri quella che ha importanza ed efficacia. Irregolari perciò o nulle le note, la iscrizione potrà nondimeno essere valida, se il conservatore ha corretto sui registri le inesatte o manchevoli enunciazioni di quelle, della cui

nullità i terzi non hanno nè diritto nè interesse a prevalersi. E viceversa, irregolare o nulla la iscrizione, tale resterà malgrado l'esattezza e regolarità delle note, onde il creditore iscritto non può con queste riparare al danno che gli venga dall'altra, salvo il suo risarcimento contro il conservatore (art. 2067 e 2068). E perciò il conservatore benissimo *può* prendere la iscrizione senza la esibizione delle note da parte del richiedente, ricavandone egli stesso gli elementi dalla ispezione dei titoli, o riproducendo sui registri le analoghe dichiarazioni verbali del richiedente, sotto la sua personale responsabilità; la presentazione delle note essendo un suo diritto, cui può rinunziare, per lo sgravio della sua responsabilità (art. 2069).

4. Ora vediamo quali sono le enunciazioni che le note devono contenere. Esse sono enumerate nell'art. 1987 nell'ordine seguente:

1° *Il nome, il cognome, il domicilio o la residenza del creditore e del debitore, e la loro professione se ne hanno, come pure il nome del padre loro.*

È naturale che la prima indicazione si riferisca alle persone che costituiscono i soggetti del diritto ipotecario, creditore e debitore, o semplice datore d'ipoteca, quand'è un estraneo che garantisce sopra i suoi beni l'obbligazione altrui. Se nel n. 1° dell'art. 1987 non si parla del terzo ipotecante, è per la non frequenza del caso; ma del resto la necessità della indicazione del suo nome nelle note, da riprodursi nella iscrizione, è testualmente, per quanto indirettamente, dichiarata anche nell'art. 1998, che parla del debitore e del *possessore del fondo gravato*. I diversi elementi poi della indicazione di queste persone tendono tutti ad assicurar meglio la loro identificazione nell'interesse dei terzi. Epperò, la enunciazione di quegli elementi, professione, residenza, paternità, non è sacramentale, e non è richiesta a pena di nullità. Di fatti, l'art. 1998 commina la nullità della iscrizione, per la inesattezza od omissione delle indicazioni enunciate nell'art. 1987, solo quando, fra l'altro, inducano *assoluta incertezza* sulle persone dei soggetti della ipoteca; e non si può dire che la mancanza o inesattezza di una o più delle enun-

ciazioni, indicate nel n. 1° dell'articolo 1987, portino a cotesta incertezza. In caso di conflitto deciderà l'autorità giudiziaria, la quale avrà per criterio lo scopo e l'ufficio della pubblicità, in quanto sia o no leso da quelle mancanze e da quelle inesattezze l'interesse dei terzi.

2° *Il domicilio che sarà eletto per parte del creditore nella giurisdizione del tribunale, da cui dipende l'ufficio delle ipoteche.*

Se lo scopo della indicazione del reale domicilio o residenza del creditore è quello di meglio accertare la identità della sua persona, la *elezione del domicilio*, invece, serve per facilitare agl'interessati le notificazioni ch'essi fossero costretti di fare al creditore in causa della iscrizione, senza andarlo a ricercare in un luogo che potrebbe essere lontanissimo, come del resto è in loro facoltà (art. 1999); meno nel caso dell'art. 668 proc. civile e 2043 Cod. civile, quando le notificazioni al creditore debbono essere fatte nelle *sue proprie mani o al domicilio eletto*, restando escluso il domicilio reale, la residenza o la dimora.

Fra gl'interessati alla elezione del domicilio da parte del creditore noi opiniamo debba comprendersi anche il debitore, perchè i due primi capoversi dell'art. 1999 non distinguono interessato da interessato. La distinzione è fatta soltanto dopo, nei due capoversi successivi, nella ipotesi cioè che la elezione di domicilio da parte del creditore non fosse mai stata fatta o fosse cessata; perchè allora mentre tutte le citazioni e notificazioni al creditore possono essere fatte dagli interessati all'ufficio stesso delle ipoteche, le citazioni invece che facesse il debitore, per la riduzione o la cancellazione della iscrizione, dovrebbero essere notificate al creditore nei modi ordinari stabiliti dal Codice di procedura civile.

Il creditore può sempre cambiare, entro però la giurisdizione dell'ufficio della conservazione, il domicilio eletto, con la relativa annotazione in calce alla iscrizione (art. 1995). La dichiarazione del cambiamento di domicilio deve risultare da atto ricevuto o autenticato da notaio, che resta in deposito in ufficio (1995).

La mancanza della elezione di domicilio, dunque, o l'omissione della indicazione di essa nelle note, non porta a nullità della iscri-

zione, sia perchè la nullità è esclusa dall'art. 1998, sia perchè vi provvede espressamente l'art. 1999.

5. 3° *La data e la natura del titolo, ed il nome del pubblico ufficiale, che lo ha ricevuto o autenticato.*

La indicazione della natura del titolo costitutivo della ipoteca, se cioè legale, giudiziale o convenzionale, serve anzi tutto a mettere sull'avviso i terzi riguardo all'estensione, riducibilità e rinnovazione delle relative iscrizioni; non tutte le iscrizioni essendo egualmente riducibili e rinnovabili, come vedremo (2004, 2024 e seg.). La data del titolo poi giova a far subito giudicare della validità della iscrizione, che spesso può dipendere da quella data, come in caso di incapacità dell'ipotecante, o del suo fallimento, al tempo della costituzione ipotecaria, o anche nel caso della prescrizione. Il nome del pubblico ufficiale, che ha ricevuto o autenticato l'atto costitutivo, offrirà ai terzi il mezzo per consultare nei suoi maggiori particolari l titolo ipotecario.

Ognun vede però la relativa importanza di tutte queste indicazioni, di cui nel n. 3 dell'art. 1987; onde la loro omissione non potrà portare alla nullità della iscrizione, ma solo a quelle altre conseguenze che vedremo, esaminando più da vicino la disposizione dell'art. 1998.

6. 4° *L'importare della somma dovuta.*

È questa una delle indicazioni sostanziali da enunciarsi nelle note per essere riprodotta nella iscrizione sui registri, conferendo essa ai due caratteri indeclinabili della ipoteca: *pubblicità* e *specialità*. Onde in mancanza di essa, l'art. 1998 commina la nullità.

La iscrizione va fatta sempre per una *somma determinata in danaro*, quale che sia l'oggetto della obbligazione garentita. E se il valore pecuniario di questa obbligazione è ancora incerto, o eventuale, la iscrizione deve egualmente farsi per una somma determinata, la quale deve comparire sui registri per la pubblicità e la specialità della ipoteca. Epperò, se fino al momento della iscrizione il valore economico della obbligazione garentita non ha potuto

essere fissato d'accordo fra le parti, il creditore ha il diritto di indicare egli una somma qualunque nelle note per la iscrizione (art. 1992).

S'intende che, in caso di *manifesto eccesso*, il debitore avrebbe il diritto di domandare la riduzione della iscrizione per la somma, anche prima che concorressero tutti gli elementi per fissarla in modo certo e preciso (art. 2025 e 2026).

E s'intende pure che in ogni caso la iscrizione, rispetto ai terzi, non può valere se non sino a concorrenza della somma iscritta e quella realmente dovuta dal debitore (art. 1997). In caso però di somma iscritta al di sotto del dovuto, il creditore potrà procedere ad una seconda iscrizione, quando non risulti che quella deficienza includa una rinunzia alla plusvalenza.

Il caso della somma fissata di arbitrio dal creditore nelle note d'iscrizione si presenta *ordinariamente* per la ipoteca giudiziale, risultante da condanna che versi sopra risarcimento di danni; o per la ipoteca legale del n. 5 dell'art. 1969. Può anche verificarsi però per la ipoteca convenzionale a garentìa di un credito, la cui esatta liquidazione abbia bisogno di circostanze non ancora appurate e stabilite in modo definitivo; sia perchè concorre in tal caso la medesima *ratio legis* che in quegli altri due, sia perchè l'art. 1992 non distingue ipoteca da ipoteca.

7. 5° *Gl'interessi e le annualità che il credito produce.*

Questa indicazione è soltanto facoltativa ed in beneficio del creditore, ond'egli possa conservare per gl'interessi e le annualità lo stesso grado di prelazione ipotecaria che per la somma capitale (art. 1998 e 2010). Non è però necessario a questo scopo indicare nelle note e nella iscrizione anche le spese dell'atto costitutivo della ipoteca e della iscrizione ipotecaria, perchè senz'altro saranno collocate nello stesso grado del credito garentito (art. 2010, 1° comma); la legge considerandole come naturali accessori di questo credito, di cui perciò seguono la sorte; nè esse potendo del resto trarre i terzi in pregiudizievole errore, attesa l'esiguità del loro valore e la loro normale prevedibilità. Ragione per cui altre *maggiori* spese rela-

tive al credito devono essere iscritte, se vogliono conservare la stessa prelazione ipotecaria, come vedremo parlando dell'art. 2010 nell'*ordine delle ipoteche*.

8. 6° *Il tempo della esigibilità.*

L'epoca della esigibilità di un credito ha la sua importanza per la valutazione economica del credito stesso, e rispetto al debitore, e rispetto ai terzi che vogliono contrattare con lui. Così, fra l'altro, una persona può più facilmente indursi ad acquistare l'immobile ipotecato, quando è più lontana la scadenza del credito ipotecario, meno prontamente avendo a temere molestie da parte del creditore, e sperando che nel frattempo l'alienante arrivi a soddisfare il suo debito per liberare l'immobile dalla ipoteca che vi gravita. Dicasi lo stesso di una persona che voglia alla sua volta aprire il proprio credito a quegli che figura già debitore ipotecario di un'altra. Ecco i motivi dell'utilità di questa indicazione, di cui nel n. 6 dell'art. 1987. Ma è chiaro anche come non sia essenziale ed indispensabile nell'interesse dei terzi, ai quali è sempre aperta in altri modi la via di appurare la vera condizione di fatto e di diritto della persona con la quale vogliono entrare in rapporti giuridici.

Epperò, l'art. 1998 non annovera cotesta indicazione fra quelle, la cui mancanza o inesattezza porti alla nullità della iscrizione.

9. 7° *La natura e la situazione dei beni gravati con le indicazioni volute dall'art.* 1979.

Questa indicazione, al pari di quella della somma in danaro del credito, è essenziale, riferendosi al carattere inderogabile dell'odierna specialità ipotecaria, e per la cui omissione o inesattezza perciò l'art. 1998 commina la nullità della iscrizione, sulla quale ritorneremo da qui a poco.

Ecco tutte le indicazioni che devono essere enunciate nelle note per la iscrizione, onde venir riprodotte sui registri; note che il conservatore ha il diritto di esigere gli siano presentate, ma che però egli non potrebbe rifiutare in caso di qualche loro inesattezza; essendo, da una parte, salva la sua responsabilità, e dall'altra parte

lasciando agl'interessati la cura e la facoltà di prevalersi di quelle inesattezze, o di sopportarne il danno (art. 2069).

10. Per un'ultima volta osserviamo, che le indicazioni da *enunciarsi nelle note*, in tanto sono più o meno indispensabili ed essenziali, in quanto devono *riprodursi nell'iscrizione sui pubblici registri;* perchè vedemmo che di coteste note può farsi anche a meno, sotto la responsabilità del conservatore; bastando che le indicazioni, che vi si dovrebbero contenere, si trovassero in realtà consacrate nella iscrizione. Epperò, l'articolo 1998 si preoccupa della omissione o inesattezza delle indicazioni delle note, solo perchè suppone ripetuta nella iscrizione tale omissione ed inesattezza, supponendo al tempo stesso che il conservatore abbia richiesto le note e che le abbia fedelmente riprodotte sui registri.

Noi abbiamo già veduto, a proposito di ciascuna delle indicazioni richieste per le note e per la iscrizione nell'art. 1987, quale sia la sanzione stabilita dall'art. 1998, la nullità, cioè, della iscrizione, solo in causa della omissione o inesattezza delle indicazioni relative: alla persona del creditore, del debitore e datore d'ipoteca, se questi è estraneo alla obbligazione; all'ammontare della somma garentita d'ipoteca; alla designazione degl'immobili gravati d'ipoteca. Restano quindi come indicazioni di necessità o utilità puramente relativa: 1° la elezione del domicilio da parte del creditore, la cui omissione non porta ad altra conseguenza che alla facoltà degl' interessati di fare le loro notificazioni al creditore nell'ufficio stesso della conservazione (art. 1999), e salvo a lui il diritto di fare posteriormente la elezione di domicilio (art. 1998). 2° La natura e la data del titolo costitutivo d'ipoteca, la cui omissione non può portare a conseguenza di sorta, e salvo sempre la possibilità di rettificare la iscrizione, con l'aggiungere siffatta indicazione (art. 1998). 3° L'epoca della esigibilità del credito e della misura degl'interessi ed annualità che produce; la omissione della prima indicazione non potendo portare a conseguenza di sorta, e quella della seconda privando soltanto il creditore del vantaggio di proteggere collo stesso grado della iscrizione ipotecaria, valida per la somma capitale, anche gli

interessi e le annualità che produce (art. 2010), e salva sempre la rettificazione della iscrizione (art. 1998).

11. In quanto poi alle enunciazioni necessarie alla validità della iscrizione, è anche da osservare che nemmeno è indispensabile siano redatte con la precisa formula indicata nell'articolo 1987, bastando lo fossero in guisa da *non indurre assoluta incertezza* riguardo alla sostanza del loro contenuto (art. 1998). Così, per esempio, la mancanza della indicazione del domicilio reale o residenza del creditore e datore d'ipoteca non porta assolutamente a nullità della iscrizione, la persona trovandosi sufficientemente indicata col suo nome e cognome; onde il conservatore, richiesto del certificato ipotecario intorno ad essa, avendola trovata nei registri, non ha potuto rilasciarlo negativo; e se resta un dubbio circa la sua identità, il terzo per lo meno è messo sull'avviso di fare ulteriori indagini. Dicasi lo stesso della paternità e della professione. Ma una inesattezza intorno al cognome dell'ipotecante sarebbe irreparabile, perchè è su questo cognome che il conservatore rilascia i certificati, ed i terzi vanno ad esaminare i registri per prendere cognizione dello stato ipotecario della persona con la quale trattano. S'intende però, che, sino a quando le cose sono integre, il creditore può far rettificare la sua iscrizione, giacchè egli potrebbe prendere sempre una seconda regolare iscrizione. Egualmente, per i beni è indispensabile la loro specifica individuazione; ma la mancanza di uno degli elementi di siffatta individuazione indicati nell'art. 1979 non porta a nullità, come, per esempio, la mancanza di una delle confinazioni, quando non ne risulti incertezza sulla identità dell'immobile gravato (art. 1998). E questa ragionevole larghezza, se vale per la iscrizione, vale anche e tanto più per le indicazioni nel titolo stesso costitutivo della ipoteca (art. 1998).

In tal modo, il nostro art. 1998 ha, sull'esempio di altre precedenti legislazioni, tolte di mezzo le gravi dispute che avevano luogo sotto l'imperio del Codice Napoleone, e di alcuni codici italiani su di esso modellati, intorno a stabilire la sanzione più o meno rigorosa per l'osservanza delle indicazioni da enunciarsi nelle note e nella

iscrizione; attenendosi al ragionevole criterio di comminare la nullità solo per quelle indicazioni che contengono elementi essenziali e necessari della pubblicità e specialità ipotecaria, i soli che mirano a salvaguardare l'interesse dei terzi, cui è rivolta la iscrizione; e non attribuendo altra conseguenza alla omissione o inesattezza delle rimanenti indicazioni, se non i particolari e singoli effetti che direttamente ne derivino; e salva la loro successiva rettificazione, in quanto possa essere utile all'interessato.

Lezione Decimaquarta

Sommario: Dell'*annotazione ipotecaria*. — Essa non costituisce una forma di pubblicità necessaria per la efficacia, di fronte ai terzi, della cessione, surrogazione, o dazione in pegno del credito ipotecario. — Del patto di *posposizione ipotecaria*.

1. In relazione alla formalità della iscrizione, la legge parla della così detta *annotazione ipotecaria*, la quale, come indica lo stesso vocabolo, altro non è che un chiarimento, una dichiarazione constatante qualche nuovo fatto, avente connessione con la già eseguita iscrizione.

Per l'art. 1994, la cessione, la surrogazione, la dazione in pegno di un credito ipotecario, regolarmente iscritto, può essere resa pubblica con un'*annotazione*, che il cessionario, il creditore surrogato, o il creditore pignoratizio faccia, di tal passaggio, in margine alla iscrizione, la quale garentisce il credito in parola. Quale lo scopo ed il vantaggio di così fatta annotazione? Non altro che quello indicato dallo stesso art. 1994: che, cioè, d'allora in poi, da una parte il conservatore non possa radiare, senza il consenso dell'*annotante*, la iscrizione originaria, malgrado gli si presenti un atto comprovante il permesso della radiazione consentita dal creditore iscritto, come egli sarebbe obbligato a fare senza quell'annotazione (2033);

e dall'altra parte, le notificazioni relative a siffatta iscrizione siano rivolte all'annotante nel suo domicilio eletto, mentre senza questa annotazione non dovrebbero essere rivolte che al creditore iscritto (art. 1999). In tal modo, il cessionario, il creditore surrogato e il creditore pignoratizio, mentre sarebbero salvi contro le macchinazioni del creditore iscritto, loro dante causa, che, per pregiudicarli, potrebbe consentire la radiazione di una iscrizione la quale a lui più non giova direttamente, e permettere così intanto che altre iscrizioni si accendessero sull'immobile ipotecato con priorità di grado; sarebbero anche tenuti a giorno di tutte le procedure concernenti l'immobile sul quale cade la ipoteca del credito da essi acquistato, onde, nella ignoranza di esse, non pregiudicarsi col loro necessario silenzio.

Si è voluto, invece, da altri attribuire una maggior portata ed un diverso ufficio a questa annotazione: nientemeno che quello di farne una *condizione per l'efficacia* della cessione, della surrogazione, e dazione in pegno di un credito ipotecario, *rispetto ai terzi;* rispetto cioè ad altri cessionari, surrogati, o creditori pignoratizi del medesimo credito ipotecario; in guisa che la loro sorte sarebbe decisa dalla priorità delle loro annotazioni, non diversamente che la sorte di due compratori, o di due creditori ipotecari, dello stesso immobile, sarebbe decisa dalla priorità delle loro trascrizioni ed iscrizioni (art. 1942 e 2008).

2. Noi respingiamo questa teoria, non perchè in sè stessa illogica, ma perchè arbitraria. La legge infatti nell'art. 1994 non dice già che la cessione, la surrogazione e la dazione in pegno di un credito ipotecario *deve essere annotata*, o *non produce effetto se non annotata* (come dice che gli atti indicati nell'art. 1932 *devono essere resi pubblici con la trascrizione*, in quanto vogliano farsi valere contro i terzi [art. 1932 e 1942]; e come dice che l'ipoteca *non ha effetto* se non è resa pubblica con la iscrizione [art. 1965 e 1981]); ma dice soltanto che *può essere annotata*, lasciandone facoltà all'interessato, e spiegando in che consista questo interesse. L'art. 1994 dunque suppone già che la cessione, la surrogazione e

la dazione in pegno di un *credito ipotecario* siasi resa perfetta rispetto a tutti col solo adempimento di quelle formalità, che all'uopo sarebbero necessarie se si trattasse di un *credito ipotecario* (art. 1539, 1252 e seg., 1881); ma vedendo però gli speciali pericoli che potrebbero colpire il cessionario, il surrogato, ed il creditore pignoratizio di un *credito ipotecario*, loro ha porto il mezzo di premunirsene. E sarebbe strano che, se intenzione del legislatore fosse stata quella di fare dell'annotazione una formalità ed una condizione del valore e dell'indole della trascrizione ed iscrizione, una condizione cioè dell'efficacia dell'acquisto del diritto rispetto ai terzi, avesse usato una espressione tanto diversa e tanto contraria al proprio pensiero; mentre poi si sarebbe espresso con tanta precisione riguardo a punti secondari, intorno ai quali nemmeno avrebbe avuto bisogno di spendere una sola parola, se realmente fosse entrato nelle sue intenzioni quel primo punto. Ed infatti, ammesso per poco che l'annotazione servisse ad affermare rispetto a tutti il passaggio del credito ipotecario in testa all'annotante; ma vi poteva forse cader dubbio, che nè il conservatore avrebbe potuto radiare l'iscrizione senza il consenso dell'annotante, nè i terzi avrebbero se non a lui dovuto fare le loro notificazioni relative alla iscrizione, una volta che l'annotante era, pel fatto dell'annotazione, divenuto il titolare del credito iscritto, e quindi come se egli stesso fosse l'*originario creditore iscritto?* Invece, la legge ha avuto bisogno di dir questo espressamente, perchè essa, escluso quell'ufficio dell'annotazione, e considerando già perfetta rispetto a tutti la cessione del credito ipotecario, di guisa che, indipendentemente dall'annotazione, un primo cessionario non aveva a temere di un secondo, quando egli semplicemente si era conformato alla disposizione dell'art. 1539; e sospettando perciò che il primo cessionario non si fosse curato d'altro; lo avvertiva che altri pericoli poteva nondimeno egli correre, e che perciò pensasse a prendere l'annotazione che gli offeriva come mezzo a scongiurarli, indicandogli indirettamente questi pericoli con indicargli l'officio dell'annotazione.

Resta dunque che l'efficacia della cessione, della surrogazione, e della dazione in pegno di un debito ipotecario, si perfeziona *erga*

omnes con le formalità proprie di quegli istituti, indipendentemente da ogni pubblicità; perchè nè l'art. 1994 la richiede, nè gli art. 1539, 1251 e seg. e l'articolo 1881 distinguono fra crediti chirografari ed ipotecari.

3. Diciamo però che la teoria che combattiamo non è di per sè stessa illogica; chè anzi in un ben ordinato sistema ipotecario meriterebbe di essere accolta, com'è difatti ricevuta nell'art. 5 della legge ipotecaria belga del 1851. Difatti, nella cessione di un credito ipotecario, oltre che la trasmissione di un diritto di obbligazione, vi è pur quella di un diritto reale immobiliare, qual'è la ipoteca che protegge il credito; epperò interessa ai terzi conoscere la sorte di siffatta ipoteca, in quanto essi, vedendola sui registri iscritta a favore del cedente, trovano in quella iscrizione un elemento della sussistenza del credito che essi acquistano, e quindi un affidamento a contrattare; mentre poi si troverebbero defraudati da una precedente cessione che loro sarebbe rimasta occulta, quando la si considerasse efficace *erga omnes*, indipendentemente da ogni obbligo di annotazione ipotecaria da parte del precedente cessionario. Nè varrebbe il dire che il secondo cessionario si troverebbe in questa medesima condizione, se si trattasse di un credito chirografario; perchè in tal caso egli, non potendo *aliunde* desumere alcun elemento della sussistenza del credito, cercherebbe diversamente di prenderne cognizione; quando che invece, trattandosi di credito ipotecario, il fatto di trovarsi nei pubblici registri accesa una iscrizione, a garentia del credito di una persona, è una circostanza gravissima per dare a supporre che questa persona ha realmente questo credito; giacchè, se esso fosse estinto, il debitore non avrebbe mancato di domandare la cancellazione della iscrizione! Quindi sarebbe affatto naturale che il primo cessionario diffidasse i terzi intorno al credito ipotecario del cedente, mercè l'annotazione della seguita cessione, pena la perdita del suo diritto di fronte ad un secondo cessionario, che primo adempisse a quella forma di pubblicità.

Se non che queste ragioni, che sono sufficienti *de jure condendo*, non lo sono affatto *in jure condito*, per pretendere l'annotazione

come condizione della efficacia rispetto ai terzi della cessione di un credito ipotecario. Per quanto di pubblico interesse, la pubblicità, come formalità esteriore dei negozi giuridici, è regolata dallo stesso diritto positivo; ed a suo riguardo non si può interpretare la legge estensivamente ed analogicamente. Ora, non tutti gli atti traslativi di proprietà e di diritti reali sono soggetti alla pubblicità, e valgano ad esempio gli atti a causa di morte; e, fra gli atti tra vivi, il caso della cessione del credito ipotecario non entra, nè fra gli atti di una costituzione d'ipoteca soggetta ad *iscrizione*, nè in alcuno degli atti, indicati negli art. 1932 e 1933, soggetti a *trascrizione*. Ma si dice, appunto, che per quella cessione la legge avrebbe suggerita questa terza forma di pubblicità, l'*annotazione* di cui nell'art. 1994; sempre però allo stesso scopo del principio comune e generale della pubblicità. Or questo è appunto un voler interpretare la legge estensivamente ed analogicamente, in un argomento che non lo comporta. L'art. 1994 non solo non dice, come sopra si osservava, che *deve farsi* l'annotazione, perchè la cessione del credito ipotecario abbia efficacia rispetto ai terzi; ma dice invece che *può farsi*, e può farsi per quei determinati scopi ed effetti che esso indica. L'annotazione ipotecaria, tutto al più, avrebbe potuto essere ritenuta come condizione dell'efficacia della cessione rispetto ai terzi, quando l'art. 1994 ne avesse parlato senza indicarne alcuno degli effetti; perchè in questo silenzio, dovendosi pur assegnare uno scopo ed un valore all'annotazione, l'interprete non avrebbe potuto non ammettere quello che si presentava più spontaneo, naturale, e consono alla subbietta materia.

4. Ecco adesso un'altra questione affine alla precedente. Si è voluto ammettere l'efficacia della cessione, non pure del credito ipotecario, ma della *sola ipoteca* col suo relativo grado d'iscrizione; se non che quella efficacia rispetto ai terzi sarebbe subordinata all'annotazione ipotecaria, che dovrebbe fare sui registri il cessionario. Primo, creditore primo iscritto, cede il suo grado ipotecario a Secondo; se questi vuole assicurarsi il beneficio della prima iscrizione a lui ceduta, deve affrettarsi a farne l'annotazione; perchè, se

Primo torni a cedere quel suo grado ipotecario a Terzo, e questi annoti prima di Secondo, sarà Terzo il creditore primo collocato. A sostegno di questa teoria si adduce che la cessione del grado ipotecario (*patto di posposizione ipotecaria*) modifica il diritto ipotecario, quale trovasi stabilito nella iscrizione; e che perciò, come le convenzioni modificatrici dei diritti reali, soggetti a trascrizioni, sono esse stesse soggette a trascrizione di fronte ai terzi (art. 1932); così la convenzione modificatrice del diritto reale ipotecario, soggetto ad iscrizione, deve pur essa essere soggetta ad iscrizione riguardo ai terzi. Di più, se la legge una formalità pur la richiede per la cessione di un credito, tanto chirografario quanto ipotecario, ond'essa abbia effètto rispetto ai terzi (art. 1539); non può non richiederne alcuna nell'interesse di costoro, quando trattasi della cessione del grado ipotecario, di un diritto cioè *reale*, di sua natura soggetto a pubblicità.

Noi cominciamo col dichiarare di non riconoscere la legittimità di questo patto di posposizione ipotecaria, inteso e dichiarato in questi termini: la cessione, cioè, del solo grado ipotecario affatto staccata dal credito; perchè è un volere così ammettere la cedibilità di una *qualità* della obbligazione, qualità che trova la sua ragione di essere in questa soltanto. La ipoteca, col suo relativo grado, è una garentìa che suppone un diritto garentito; sorge con questo, e non se ne può staccare se non sopprimendola affatto, e lasciando il credito nelle normali condizioni di diritto puramente personale. Non vale il dire che l'ipoteca è un diritto reale, e quindi distinto dalla obbligazione cui accede; perchè è un diritto reale che si distingue dagli altri, appunto per non avere un contenuto proprio ed autonomo giuridico; essa suppone e presuppone sempre un altro diritto, senza del quale non si concepisce; mentre volerne fare oggetto distinto di cessione, è un volerla concepire come entità giuridica per sè stante ed indipendente.

5. Il patto di posposizione ipotecaria dunque non lo si può intendere, se non come convenzione strettamente personale fra i due contraenti; l'uno dei quali si obbliga di far profittare all'altro, nella

graduazione, del vantaggio del *suo* pozior grado di collocazione, senza che per questo il *secondo* creditore iscritto sia già divenuto *primo*, prima della distribuzione del prezzo. Il primo creditore, anche dopo la cessione del suo grado ipotecario, è rimasto primo creditore ipotecario iscritto; e se egli, dopo quella *cessione del grado*, *cede il suo credito*, egli cede il suo credito nelle condizioni in cui lo aveva prima, cioè protetto della ipoteca *prima iscritta*, non avendo potuto staccare dal suo credito questa qualità che gli era inerente. Concepito così il patto di posposizione ipotecaria, viene anche a mancare la ragione generica della sua pubblicità, la sua natura cioè di atto modificatore di diritti reali.

Ma, pur ammesso il patto di posposizione ipotecaria quale cessione del solo grado ipotecario staccato dal credito, con trasmissione del diritto reale d'ipoteca dall'uno all'altro creditore per effetto della convenzione; noi non sappiamo vedere come si possa esigere la pubblicità, mercè annotazione, per la sua efficacia rispetto ai terzi. L'analogia non può trovar posto nella subbietta materia; e la legge, non solo non parla di annotazione come condizione della efficacia del patto rispetto ai terzi, ma non ne parla affatto, occupandosene soltanto in riguardo alla cessione del credito ipotecario, diversa dalla cessione del grado ipotecario. Questa perciò resta soggetta alle regole del diritto comune, secondo i principii del quale è la priorità della data dei rispettivi titoli quella che deve decidere il conflitto fra due cessionarii dello stesso grado ipotecario.

Insomma, la questione rientra negli stessi termini, nei quali è compresa quella della cessione del credito ipotecario.

6. Stando poi alla intenzione dei contraenti ed alla natura delle cose, noi crediamo che questo così detto patto di posposizione ipotecaria riducasi ad una cessione reciproca, sino a concorrenza dei rispettivi crediti, di due creditori ipotecarii di un comune debitore. Così: Tizio, creditore *primo iscritto per* 10,000 *lire*, cede il suo grado ipotecario a Mevio, creditore *secondo iscritto per* 5000. Ebbene, una tale convenzione si riduce a questo: che Mevio *acquista una metà del credito ipotecario di Tizio*, in guisa che per 5000 lire

egli sarà collocato *sotto lo stesso numero d'ordine che costui;* mentre Tizio alla sua volta *acquista l'intero credito ipotecario di Mevio di* 5000, e sarà così collocato *in secondo grado per questa somma.* In definitiva, con la iscrizione di primo grado restano sempre garentite 10,000 lire, e con quella di secondo grado 5000; soltanto la iscrizione di primo grado gioverà per 5000 a Tizio e 5000 a Mevio; ed in secondo grado per 5000 verrà collocato Tizio anzichè Mevio; ed ove non vi sia capienza, il danno sarà appunto di Tizio, quando, senza quella convenzione, sarebbe stato di Mevio.

Ora, se Mevio vuole assicurarsi definitivamente la cessione parziale del credito ipotecario di Tizio, basta ne faccia la notificazione al debitore (art. 1539); e se vuole premunirsi dei pericoli di cui nell'articolo 1994, farà l'annotazione.

7. Ridotta a questo ufficio l'annotazione, per la sua esecuzione è solo necessario presentare al conservatore l'atto giuridico che produce la cessione, la surrogazione, o il pegno del credito ipotecario; atto pel quale si osserveranno le disposizioni degli art. 1889 e 1890. Non si richieggono le note, perchè queste servono a dare al conservatore gli elementi per la iscrizione, la quale è già conservata nei registri e resta ferma nel suo contenuto; il cambiamento limitandosi alla persona del creditore, e bastando quindi prendere nota di questo solo fatto nuovo che si è prodotto (art. 1994).

LEZIONE DECIMAQUINTA

SOMMARIO: Della rinnovazione della iscrizione. — Suoi motivi e vantaggi. — Condizioni per la validità della rinnovazione, *come mezzo per la conservazione degli effetti della originaria iscrizione.* — In qual momento cessa l'obbligo della rinnovazione.

1. La iscrizione è il mezzo per conservare, non già l'esistenza del diritto d'ipoteca, bensì la efficacia di esso di fronte ai terzi. Onde vedemmo, che, sino a quando la ipoteca non si fosse estinta per una

delle cause determinate dalla legge (art. 2029 e 2030), o non si fosse prodotta una speciale circostanza la quale ne paralizzasse l'efficacia per l'avvenire (art. 1942, 2012 Cod. civ., 710 Cod. comm.), il creditore ipotecario era sempre in tempo ad accendere la sua iscrizione. Ma d'altra parte, accesa la iscrizione, con questo il creditore non assicura affatto in miglior modo l'esistenza del suo diritto d'ipoteca, il quale, come prima, resta soggetto alla possibilità della propria estinzione, secondo i modi indicati negli articoli 2029 e 2030; estinzione che può verificarsi anche immediatamente dopo la iscrizione. Se non che, *presupposto valido e permanente il diritto d'ipoteca*, la iscrizione serve ad assicurarne l'efficacia contro i terzi, non però per tutto il tempo per cui sussiste l'ipoteca, ma semplicemente per un trentennio a contare dalla data di essa iscrizione. Ecco quello che vuol dire l'art. 2001, quando poco correttamente dispone: « l'iscrizione *conserva l'ipoteca* per trent'anni dalla sua data ». L'iscrizione, ripetiamo, conserva, non l'ipoteca in sè stessa, ma l'efficacia del vincolo di fronte ai terzi.

Soggiunge il capoverso dell'art. 2001, che « l'effetto della iscrizione cessa, se non è rinnovata prima della scadenza del termine ». Lo che vuol dire, che ripetuta, *rinnovata* cotesta iscrizione, essa *continua*, *prolunga* la propria efficacia, conservando cioè il suo *numero d'ordine segnato dalla sua data originaria*.

2. Or si domanda: perchè questa limitazione di durata alla efficacia di una *iscrizione accesa*, quando nessun termine speciale si assegnava, nè alla vita del diritto stesso d'ipoteca (salvo il caso della prescrizione a favore del solo terzo possessore, art. 2030), nè alla facoltà del creditore *di accenderne la relativa iscrizione?* Insomma, quale il fondamento dell'istituto della *rinnovazione della iscrizione ipotecaria?*

Cotesto fondamento è necessità riconoscerlo di un'indole assolutamente amministrativa, e non di criterii strettamente giuridici. Tanto vero che non poche legislazioni ammisero il principio della perpetuità della iscrizione, come il *Motuproprio* toscano del 2 maggio 1836 sopra i privilegi e le ipoteche, il Codice Estense e la

legge speciale del 22 dicembre 1828, che introduceva nei Paesi Bassi il Codice Napoleone. Ma la maggior parte dei Codici e delle leggi speciali moderne adottarono invece il sistema della limitazione di durata della iscrizione, richiedendone la rinnovazione entro un tempo più o meno lungo; dai dieci anni, come pel Codice Napoleone, pel Codice delle Due Sicilie, pel Codice parmense ed il Regolamento pontificio sui privilegi ed ipoteche del 10 novembre 1834; quindici, pel Codice Albertino e la legge ipotecaria belga del 1851; ai trenta, secondo il Codice civile italiano. E questo ci sembra abbia il più felicemente conciliato gl'interessi della pratica e le esigenze dei principii.

Di fatti, col sistema della perpetuità della iscrizione, le ispezioni e le ricerche sui registri ipotecari si sarebbero rese oltremodo difficili e mal sicure; perchè, quando il creditore ipotecario ed i suoi eredi avessero curato la conservazione del credito e della ipoteca con opportune interruzioni di prescrizione, la iscrizione a quel credito relativa avrebbe potuto egualmente conservarsi per cento e più anni; e quindi la necessità, per prenderne visione sulla istanza degli interessati, di consultare i registri ipotecari rimontanti sino ad un secolo e più addietro. Nel quale immane lavoro più probabilmente sarebbero occorse le sviste del conservatore, il quale sarebbe stato così troppo gravato nella sua responsabilità; mentre poi questa non sempre sarebbe stata sufficiente a risarcire il danno, che il terzo avesse risentito da un erroneo certificato ipotecario intorno lo stato patrimoniale immobiliare di una data persona, da lui domandato al conservatore. Invece, col sistema della rinnovazione le indagini e le ricerche sono naturalmente più facili e sicure, perchè limitate alla ispezione dei registri dell'ultimo trentennio, nei quali devono trovarsi consacrate non solo le iscrizioni per la prima volta accese nel trentennio, ma anche le altre che si rinnovano in base a quelle altra volta accese prima del trentennio; i registri del qual tempo anteriore perciò è inutile consultare, e possono esser messi da parte negli archivi per semplice custodia e straordinarie ricerche.

Finalmente, la rinnovazione produce l'altro vantaggio, che quelle iscrizioni, le quali non hanno più ragione di essere, a causa della

estinzione della ipoteca, e di cui nondimeno l'ipotecante non si è curato dimandare la cancellazione, cadono di per sè e senza spese, quando, trascorso il trentennio dalla loro data, il creditore non potendo più rinnovarle per mancanza di diritto e d'interesse, restano consacrate in quei registri, che non hanno più valore per far fede dello stato patrimoniale della persona la quale vi figura come ipotecante.

Del resto, esteso sino a trenta anni quest'obbligo della rinnovazione nel creditore ipotecario, esso si riduce ad un ben lieve sacrifizio dimandato alla sua diligenza, e dovuto all'incomparabile maggior pubblico vantaggio. Questo termine del trentennio poi, essendo anche il termine della più lunga prescrizione, offre altresì l'opportunità di fare ordinariamente *coincidere* la estinzione dell'iscrizione con la estinzione del credito ipotecario e della ipoteca, avvenuta per prescrizione (art. 2135, 2029 e 2030); senza che però valga la pena di osservare i due termini essere fra loro perfettamente distinti ed indipendenti. In guisa che, non solo, come già notammo, la iscrizione e la rinnovazione non possono nulla aggiungere e nulla togliere alla vita in sè della ipoteca e del credito ipotecario, ma non valgono neppure come atti interrutivi di prescrizione dell'una e dell'altro (art. 2127).

8. L'efficacia della iscrizione ipotecaria, dunque, rispetto ai terzi, dura trenta anni; di modo che, a *prolungarla*, deve essere rinnovata sui registri *prima* della scadenza del trentennio, con dichiarazione che così fatta seconda iscrizione è presa *in rinnovazione della precedente* (art. 2001 e 2005). Non rinnovata la iscrizione, il creditore si trova nella identica posizione che aveva prima della originaria iscrizione; nel senso che, *rebus adhuc integris*, egli può ancora iscrivere una seconda volta, ma con effetti utili soltanto a far tempo da questa seconda iscrizione.

Ed in verità, da una parte l'art. 2001 dice che l'effetto della iscrizione *cessa*, se non è rinnovata prima della scadenza del trentennio; lo che vuol dire che quella iscrizione è come se non fosse stata mai sino allora eseguita, nel qual caso il creditore potrebbe

sempre eseguirla posteriormente. E dall'altra parte, se il creditore procede a questa seconda iscrizione, così come se fosse in realtà una prima, non può pretendere di darle un altro numero d'ordine diverso da quello competente ad una originaria iscrizione, il numero cioè della propria data storica (art. 2007 e 2008). Tutto questo era anche testualmente dichiarato dal Codice parmense e dal Regolamento pontificio sulle ipoteche del 10 novembre 1834.

4. Lo stesso avviene se, pur rinnovata in tempo la iscrizione, ripetuta cioè prima della scadenza del trentennio dalla sua data- non sia accompagnata sui registri dalla dichiarazione, che essa è presa appunto a titolo di rinnovazione di una precedente iscrizione. Altra non può essere la sanzione di questa dichiarazione che dimanda l'articolo 2005, se non il considerare la iscrizione, non accompa, gnata da essa dichiarazione, come una nuova iscrizione, avente effetto dalla propria data. Di fatti, nel diritto anteriore si faceva questione sulla necessità o meno di tale dichiarazione, di cui non parlava espressamente la legge, per determinare gli effetti della iscrizione rinnovata; onde, avendola testualmente richiesta il nostro articolo 2005, ha perduto anche l'apparenza di un suo valore di uso facoltativo da parte del creditore ipotecario; e la obbligatorietà di essa non può portare ad altra conseguenza, se non a quella sopraccennata.

Concorrono poi a legittimare cotesto risultato motivi di sostanziale vantaggio per il principio della pubblicità. Invano si obbietta, che per i terzi, i quali acquistano diritti sull' immobile *posteriormente alla rinnovazione di una iscrizione*, è indifferente che sia detto o taciuto che cotesta iscrizione, ripetuta di fatto sui registri, sia presa *in rinnovazione* di una iscrizione precedente, quando una iscrizione pur che sia la trovano infissa sull' immobile del quale contrattano. In riguardo poi ai terzi, che hanno acquistato diritti *prima della rinnovazione*, ma *dopo la iscrizione originaria*, essi sono già da questa avvertiti della condizione patrimoniale del loro dante causa; epperò, non dovendo preoccuparsi di quello che succede dopo dell'acquisto dei loro diritti, sarà per essi indifferente

che la iscrizione, che si rinnova, la sia o no presa espressamente a titolo di rinnovazione.

Vi sono, invece, altre situazioni di fatto, per le quali può essere di grande giovamento la dichiarazione che l'iscrizione è presa in rinnovazione di una precedente. Se si supponga un credito iscritto il 1° del 1880 ed un altro il 1° del 1881 contro lo stesso debitore, e l'iscrizione di questo secondo credito ipotecario sia presa in rinnovazione di una precedente iscrizione del 1850, senza però la dichiarazione di tal circostanza; avverrà che una persona potrà indursi a comprare il credito ipotecario iscritto il 1° del 1880, appunto perchè avente un grado utile di collocazione sull'altro iscritto il 1° del 1881, e che essa reputa iscritto per la prima volta con questa data. Ora se, invece, a questa iscrizione del 1881 voi assegnate il grado della sua originaria iscrizione del 1850, il cessionario del credito iscritto il 1880 si troverà danneggiato, per aver cioè acquistato non già un credito ipotecario di prima, ma di seconda iscrizione, e che egli non avrebbe acquistato se dai registri fosse stato messo sull'avviso del vero stato delle cose.

5. Ma eziandio in quelle altre ipotesi nelle quali la mancata dichiarazione — di essersi presa la seconda iscrizione a titolo di rinnovazione di una precedente iscrizione — non abbia potuto pregiudicare i terzi (come, per esempio, quegli altri creditori che avevano iscritto dopo la prima iscrizione che essi avevano visto accesa sui registri, e che perciò non avevano potuto calcolare se non sopra una ipoteca di secondo grado in lor favore), la conseguenza non può essere altra che di considerare come nuova iscrizione, avente effetto dalla propria data, quella iscrizione, la quale *in fatto* è una rinnovazione della prima, ma che, oltre a ciò, non è accompagnata dalla *dichiarazione* di rinnovazione.

Pertanto, Tizio, il quale era creditore iscritto con data del 1° del 1890, e quindi *secondo* rispetto a Mevio iscritto sullo stesso immobile con data del 1° del 1861, diventa egli *primo iscritto*, quando Mevio, rinnovando la sua iscrizione il 1° del 1891, omette di dichiarare sui registri che questa iscrizione del 1891 si riallaccia

a quella del 1861. Certo che in tal rincontro la omissione di Tizio non ha potuto in alcun modo nuocere a Mevio, perchè verificatasi quando già costui aveva stabilita la propria posizione sui beni del debitore; e la sanzione dell'omissione di una formalità dovrebbe essere rivolta esclusivamente a prevenire o riparare un danno, che potrebbe da essa derivare al terzo; mentre qui invece la sanzione è rivolta a dare a costui un vantaggio insperato! Onde, in conclusione, noi respingiamo in teoria il rigore delle conseguenze della mancata dichiarazione di rinnovazione dell'iscrizione in tutti i casi, ma lo accettiamo in presenza del testo positivo della legge scritta; l'art. 2005 richiedendo tale dichiarazione, e non distinguendo caso da caso, in cui più o meno opportunamente concorra la *ratio* del suo comando.

6. La rinnovazione dev' essere eseguita *prima della scadenza del trentennio*, assegnato alla efficacia della iscrizione (art. 2001). Ma in questo termine del trentennio non va computato il *dies a quo*, il giorno, cioè, nel quale la iscrizione fu presa; come è la regola comune del computo di un termine, entro il quale bisogna compire un determinato atto; onde non privare la persona, che deve agire entro questo termine, del vantaggio delle ore che nel giorno in cui esegue l'atto sono già decorse; mentre il *dies ad quem* è sempre computato nel termine, il quale altrimenti si prolungherebbe al di là dello spazio di tempo indicato dalla legge. Quindi, una iscrizione accesa il 1° gennaio 1870 dev'essere rinnovata il 1° gennaio 1900, sia pure l'ultimo momento di tal giorno; perchè, non computando il 1° gennaio 1870, il trentennio si compie il 1° gennaio 1900; e la rinnovazione sarebbe tardiva se presa il 2 gennaio 1900, in quanto la legge la esige *prima della scadenza del trentennio*, che abbiamo fissato a tutto il 1° gennaio 1900. Ove il *dies ad quem* fosse festivo e chiuso l'ufficio, il creditore dovrebbe provvedere alla rinnovazione il giorno precedente, non potendosi, in materia di termini, interpretare la legge per analogia dalle materie dei protesti e delle scadenze di titoli commerciali.

7. La rinnovazione alla sua volta è soggetta a rinnovazione, vuoi perchè concorrono i criteri fondamentali dell'istituto, e vuoi perchè ciò entra nella stessa disposizione dell'art. 2001. Di fatti, questo dice che la iscrizione conserva la sua efficacia per trenta anni; ora la iscrizione rinnovata è pur essa una iscrizione, e quindi non può avere che la medesima durata della iscrizione originaria.

8. Rinnovata una iscrizione qualche tempo prima della durata normale della sua efficacia, il termine utile per la seconda rinnovazione comincia a decorrere dal giorno della prima rinnovazione, e non dal giorno in cui sarebbe scaduta la durata normale della originaria iscrizione. Altrimenti si avrebbe sempre una iscrizione che sui registri potesse valere per più di trent'anni, e quindi l'inconveniente, voluto evitare dal legislatore, della necessità di esaminare volumi che rimontassero a più di trent'anni addietro. Insomma non si ammette compensazione fra la eccessiva precedente diligenza e la posteriore negligenza del creditore. Quindi, la iscrizione accesa il 1° gennaio 1870, e rinnovata il 1° gennaio 1899, dev'essere la seconda volta rinnovata il 1° gennaio 1929 e non 1930.

9. Dev'essere rinnovata la iscrizione di qualsiasi ipoteca, eccetto quella della ipoteca legale della moglie, che conserva la propria efficacia durante tutto il tempo del matrimonio, e per un anno successivo allo scioglimento di esso (art. 2004); e questo per la stessa ragione per la quale si concedeva alla moglie il beneficio di una ipoteca legale. Ma appunto perchè eccezione, essa non può venire applicata che negli stretti termini di legge; epperò non ha riguardo, nè alle ipoteche che la moglie avesse contro dei terzi, sia pure per crediti dotali, nè a quelle che avesse contro il marito per crediti non dotali. Anzi, se il credito ipotecario della moglie contro il marito era iscritto prima della costituzione di dote, nella quale quel credito fu compreso, la moglie, se vuole conservare il grado di uella iscrizione, deve rinnovarla entro il trentennio, la legge esen-

tando dalla rinnovazione la sola *iscrizione della ipoteca legale della moglie;* la quale iscrizione non ha potuto aver luogo che dopo la costituzione di dote, ed è quindi diversa dalla prima iscrizione di grado anteriore. S' intende poi che, se il matrimonio si sciolga prima del trentennio, la moglie può aspettare che questo si compia onde rinnovare la sua iscrizione, senza che sia obbligata a farlo entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio. La legge ha voluto favorire, non peggiorare, in paragone degli altri creditori iscritti, la condizione della moglie, conservando alla sua iscrizione un'efficacia di durata maggiore di trent'anni, supponendo maggiore di trent'anni la durata del matrimonio. In caso opposto, la moglie rientra nella condizione normale di tutti gli altri creditori.

10. La rinnovazione può essere richiesta dalle medesime persone che potrebbero chiedere una originaria iscrizione. In quanto però alle persone obbligate a chiedere la rinnovazione nel nome e nell' interesse del creditore, la legge non parla che del tutore e protutore dell'interdetto, e del cancelliere della pretura, nella cancelleria della quale trovasi a tal tempo depositato il registro della tutela (art. 2002), applicandosi le disposizioni dell'art. 1984 e del capoverso dell'art. 1983. Della iscrizione del minore non era il caso di occuparsi, perchè egli all'epoca della rinnovazione sarà divenuto maggiore, e quindi in condizione di provvedervi personalmente. Nemmeno la iscrizione di ufficio a favore dell'alienante sarà rinnovata di ufficio dal conservatore, ma dovrà provvedervi direttamente l'interessato, vuoi per non gravare di troppo la responsabilità del conservatore, e vuoi perchè è ben difficile il caso di rinnovazione della iscrizione della ipoteca legale dell'alienante, in quanto che questi entro trent'anni avrà avuto cura di farsi pagare. A termini però dell'art. 14 della legge 14 giugno 1866 sul credito fondiario, i conservatori delle ipoteche devono rinnovare d'ufficio le iscrizioni ipotecarie prese da un istituto di tal nome, e quelle alle quali esso fosse subentrato per surrogazione o cessione.

Il cessionario di un credito ipotecario ha egli l'obbligo e l' interesse della rinnovazione, giunta ch'è la scadenza della iscrizione; e

ciò anche quando egli abbia da poco eseguita l'annotazione di cui nell'art. 1994, perchè questa annotazione cade con la iscrizione cui accede materialmente, e non fa che indicare una sostituzione nella persona del creditore.

Per eseguire la rinnovazione bastano le note conformi a quelle della precedente iscrizione, con la dichiarazione che s'intende rinnovare l'originaria iscrizione, e non occorre la presentazione del titolo (art. 2005); perchè di questo il conservatore ha già preso cognizione, se pure non trovasi ancora depositato in ufficio (art. 1989, ultimo comma). La rinnovazione va fatta contro l'originario datore d'ipoteca; ma se gl'immobili appariscono da tre mesi passati nei registri censuari agli eredi o altri aventi causa di lui, va fatta anche contro di essi (art. 2006). E si noti che qui gli aventi causa possono essere anche i compratori ed i donatari dell'immobile ipotecato, e non semplicemente i legatari come nell'art. 1996; perchè dopo l'originaria iscrizione l'immobile ha potuto essere acquistato con questo peso già reso pubblico, ed ora trattasi di conservare questo diritto reale contro il possessore dell'immobile; mentre nella ipotesi dell'art. 1996 il compratore o il donatario, che aveva trascritto, impediva la iscrizione tardiva di un precedente creditore ipotecario; e se non aveva trascritto, questo creditore poteva iscrivere contro il suo debitore, senza curarsi del compratore e del donatario, che per lui erano affatto ignoti.

11. Importantissima e saggia disposizione del nostro Codice è quella contenuta nell'art. 2003, per la quale cessa l'obbligo della rinnovazione tutte le volte che questa sarebbe superflua, per avere già la originaria iscrizione conseguito il suo scopo ed il suo effetto. Questo principio era pure ammesso dalla dottrina nel diritto anteriore; ma nel silenzio della legge, si disputava vivamente quando volevasi fissare il momento in cui poteva dirsi avere la originaria iscrizione ottenuto il suo effetto. E le questioni nascevano ad occasione dell'apertura di un giudizio di espropriazione forzata iniziata dai creditori, o di un giudizio di purgazione delle ipoteche iniziata dal terzo possessore, per decidere: se con la sola

apertura del giudizio di espropriazione fosse già definitivamente fissata la sorte delle varie iscrizioni, perciò non più bisognevoli di rinnovazione; oppure occorresse aspettare il momento della effettiva graduazione dei diversi creditori, o anche quello del passaggio in cosa giudicata della sentenza di graduazione; e così, nel caso di giudizio di purga, se la sorte delle iscrizioni fosse fissata dal momento delle notificazioni fatte ai creditori dal terzo possessore, o soltanto dalla scadenza del termine di 40 giorni dalle dette notificazioni, entro il qual termine i creditori potessero promuovere l'incanto; o anche solo dal momento in cui, dopo promosso l'incanto, abbia effettivamente avuto luogo la vendita (art. 2040 e seg.).

Tutto questo oggi non è più argomento di questioni, perchè l'art. 2003 dichiara che nel caso di giudizio di purgazione cessa l'obbligo della rinnovazione, per conservare gli effetti delle precedenti iscrizioni, dal momento in cui ha luogo la iscrizione che prende il terzo possessore a norma dell'art. 2042; e nel caso di spropriazione forzata, dal momento in cui ha luogo la iscrizione che prende il cancelliere del Tribunale a norma dell'art. 2089.

12. Dichiara infine il capoverso ultimo dell'art. 2005, che per la iscrizione rinnovata si applica il disposto dell'art. 1988 relativo alla originaria iscrizione; mentre l'art. 2000 stabilisce in unico contesto che le spese, così della iscrizione, come della rinnovazione sono a carico del debitore, salva stipulazione in contrario.



Lezione Decimasesta

Sommario: Della cancellazione della iscrizione. — Cancellazione *consentita* dalle parti interessate, e cancellazione *ordinata* con sentenza del giudice. — Competenza e responsabilità del conservatore nella cancellazione, e nel rifiuto di cancellazione della iscrizione.

1. Per una ragione di metodo, crediamo opportuno, invertendo l'ordine del Codice, trattare qui, dopo la rinnovazione delle iscrizioni, anche la riduzione e la cancellazione di esse; per aggruppare così assieme tutto ciò che si riferisce alla vita, diremo, esteriore della ipoteca: la sua pubblicità, quale risulta dai registri dell'ufficio ipotecario. Difatti, la *riduzione* non ha attinenza che con la iscrizione, il diritto d'ipoteca in sè stesso essendo *irriducibile*, come diritto di garentia per l'assicurazione di un credito; perchè verrebbe altrimenti meno, anche in parte, lo scopo e l'ufficio di cotesta garentia.

La riduzione, la restrizione, invece, non è provocata che dal fatto del creditore, il quale *nella iscrizione* dichiara e pubblica il suo titolo ipotecario, *in eccedenza* di quei limiti di somme e di beni, nell'orbita dei quali esso titolo era stato fissato, o espressamente dal contratto (ipoteca convenzionale), o tacitamente dalla legge (ipoteca legale e giudiziale). Onde vedremo appunto, che la iscrizione stessa non è riducibile tutte le volte che, sebbene ecceda lo scopo e l'ufficio della garentia per la sua troppa larghezza, è stata eseguita in conformità del titolo, nel quale la eccedenza suddetta fu liberamente consentita dall'interessato, l'ipotecante; come suole avvenire nella ipoteca convenzionale. Nella ipoteca legale e giudiziale invece, poichè la legge, se impone essa un vincolo a carico di un debitore, per la maggior sicurezza del creditore, non lo può però volere imporre che nei limiti di una giusta obbiettiva rispondenza e proporzione del mezzo allo scopo; l'eccesso da parte del creditore, nel fissare con la iscrizione cotesta proporzione, darà sempre luogo alla riduzione.

Dicasi altrettanto della *cancellazione*, la quale, se ordinariamente dipende dall'estinzione del diritto d'ipoteca, onde il Codice ne parla appunto dopo di questa; può anche essere provocata da un fatto avente attinenza soltanto con la pubblicità e non con l'esistenza del diritto ipotecario; come quando il creditore spontaneamente fa una rinunzia temporanea o condizionale del suo grado utile d'iscrizione, consentendone la provvisoria ed eventuale cancellazione; salvo a riprendere un altro grado con una nuova iscrizione, che egli accenderà in base all'antico suo diritto d'ipoteca, non mai estinto. E d'altra parte, negli stessi casi nei quali cotesto diritto si è estinto, o paralizzato, se la iscrizione è tuttora permanente sui registri essa farà sempre prova, rispetto ai terzi, dello stato patrimoniale immobiliare dell'ipotecante; nel primo caso almeno apparentemente; e nel secondo caso anche effettivamente; nel senso che, *risorgendo* l'ipoteca, l'iscrizione, non mai cancellata, le conserverà l'originario grado utile di preferenza (art. 2031 e 2032).

Ed ecco come la cancellazione, in sè stessa considerata, è sempre un fatto relativo alla pubblicità della ipoteca. Onde, sotto questo punto di vista, la cancellazione e la riduzione sono termini proporzionali di uno stesso concetto, l'una essendo una *radiazione totale*, l'altra una *radiazione parziale* della iscrizione. E poichè il Codice esplica più largamente intorno alla prima criterii e procedimenti di esecuzione, che sono virtualmente comuni alla seconda, così noi parleremo prima della cancellazione, propriamente detta, e poi della riduzione; della quale ultima resta così corretta l'erronea intitolazione che le dà il Codice « *riduzione delle ipoteche* » (art. 2024 e seg.), quando non si tratta che di *riduzione delle iscrizioni*, come esattamente esso si esprime per la *cancellazione delle iscrizioni* (art. 2033 e seg.).

2. Come la iscrizione conserva l'*efficacia ed il grado utile della ipoteca*, mentre la sua *esistenza* si poggia tutta sul titolo, e si prolunga sino a quando non venga ad estinguersi per cause speciali; così la cancellazione o radiazione dai registri di quella iscrizione non fa che togliere l'efficacia ed il grado utile alla ipoteca cui si rife-

risce, lasciando impregiudicato il diritto ipotecario, sull'esistenza o sulla morte del quale la pubblicità non ha diretta influenza. Con la cancellazione della iscrizione il creditore ipotecario si trova nella condizione come se mai avesse iscritto la sua ipoteca; e quindi in diritto, o meno, di tornare ad iscriverla, a seconda che egli abbia o no anticipatamente conservata o potuto conservare la vita del suo diritto ipotecario, in conformità delle diverse cause che dànno luogo alla cancellazione della iscrizione.

Da questo punto di vista, la cancellazione può essere *volontaria* o *necessaria*, cioè *consensuale* o *giudiziaria*. Così, il creditore, come innanzi accennavamo, conservando ancora il suo credito e la sua ipoteca, può momentaneamente consentire, in favore del datore di ipoteca, a cancellare la sua iscrizione, per quello che possa essere utile all'interessato; salvo il suo diritto a riaccenderla, dopo scaduto il termine, o dopo verificatasi la condizione all'uopo convenuta. Invece, soddisfatto il credito, per ciò stesso si è estinta anche l'ipoteca; e quindi, la iscrizione non avendo più ragione di essere, l'interessato ha il diritto di domandarne la cancellazione, per mostrare a tutti libera la sua proprietà. Il credito può anche non ancora essere estinto, ma può trovarsi già estinta la ipoteca, come vedremo a suo luogo; ed in tal caso egualmente l'interessato ha diritto di ottenere la cancellazione della iscrizione. È in questo senso che l'art. 2033 parla di cancellazione *per consenso delle parti*, e l'art. 2036 di cancellazione *per sentenza giudiziaria*. Niente però impedisce che il creditore, il quale *non può* evitare la cancellazione della sua iscrizione, vi si presti bonariamente, prevenendo un giudizio di cui pagherebbe le spese. In tal caso, mentre la cancellazione è e resta necessaria per gli altri principii e conseguenze che ne derivano, si osserveranno però le forme esteriori della cancellazione volontaria. Come all'inverso, consentita spontaneamente la cancellazione, se poi il creditore per capriccio si rifiuti all'adempimento delle altre formalità necessarie per eseguirla, l'interessato si rivolgerà all'autorità giudiziaria, onde dar forza alla convenzione; ma la cancellazione resta, quale fu, volontaria.

Imprescindibile intanto si è, che il datore d'ipoteca non possa

mai procedere alla materiale cancellazione dell'iscrizione sui registri, senza l'intervento, o del creditore, o dell'autorità giudiziaria (art. ed arg. art. 2033 e 2036), anche quando egli abbia diritto incontestabile alla cancellazione; perchè, da una parte, non può egli stesso rendersi giudice ed esecutore di questo diritto; e perchè, dall'altra parte, la legge non ha voluto renderne arbitro il conservatore, incompetente nella materia contenziosa dei rapporti giuridici. Un atto dunque formale, proveniente dal creditore o dall'autorità giudiziaria, è sempre necessario per eseguirsi la cancellazione (art. 2038).

3. La cancellazione volontaria, consentita cioè dal creditore, sarà eseguita dal conservatore, in base ad un atto che contenga quel consenso, e che racchiuda i requisiti di forma enunciati negli articoli 1978, 1989 e 1990. In altri termini, la cancellazione dell'iscrizione, nell'interesse del creditore, avrà luogo nei modi stessi, con i quali si procede all'accensione dell'iscrizione, nell'interesse dell'ipotecante; modi che si risolvono nella tutela efficace dei diritti degli interessati (art. 2033). Epperò, consentita una cancellazione in un modo qualunque, la cancellazione non potrà eseguirsi materialmente, se la sottoscrizione del creditore nell'atto contenente il consenso non sia autenticata o accertata giudizialmente; come, costituita validamente una ipoteca per scrittura privata, non se ne può ottenere la iscrizione, se la sottoscrizione del costituente non è autenticata da notaio o accertata giudizialmente; il pericolo ed il danno appunto di una falsa costituzione d'ipoteca, o di un falso consenso di cancellazione d'iscrizione, consistendo nella iscrizione di essa e nella radiazione di questa. Quando però l'atto contenga i requisiti indicati negli articoli 1978, 1989 e 1990, non sempre è necessario ch'esso contenga pure un consenso *ad hoc* per la cancellazione della iscrizione. Così, se il datore d'ipoteca abbia nelle sue mani una quietanza dell'integrale pagamento del debito ipotecario, o una scrittura comprovante la rinunzia del creditore alla sua ipoteca; l'una e l'altra sono titoli sufficienti perchè il conservatore esegua la cancellazione; contenendosi in esse implicitamente, ma necessariamente, il consenso del creditore; quel consenso che richiede l'art. 2033.

Parlando la legge di consenso prestato dalle *parti interessate*, non vuol dir già che alla cancellazione della iscrizione occorra una convenzione fra il creditore ed il datore d'ipoteca, bastando invece un atto unilaterale da parte di quegli, che può anche da per sè richiedere ed ottenere dal conservatore la cancellazione, come cosa che riguarda esclusivamente il suo interesse. Per parti interessate la legge intende le persone interessate a mantenere la iscrizione, le quali possono essere diverse, cioè, non solo i varii creditori iscritti per *modum unius*, come i creditori solidali, ma anche i loro cessionari, surrogati e creditori pignoratizi, annotanti a termine dell'articolo 1994.

L'atto poi, in base al quale il conservatore esegue la cancellazione, sarà depositato nell'ufficio della Conservazione a giustificazione dell'operato del conservatore stesso, sempre responsabile delle conseguenze delle indicazioni scritte sui registri in base a documenti non forniti dei requisiti di legge (art. 2068). Di quell'atto sarà fatta anche espressa menzione nella dichiarazione della cancellazione, la quale si esegue, non già distruggendo o cassando materialmente la iscrizione, ma scrivendo in margine alla medesima la dichiarazione che quella iscrizione resta radiata, cioè senza effetto; dichiarazione datata e sottoscritta dal conservatore (art. 2038).

4. In quanto alla capacità giuridica poi di consentire una cancellazione d'iscrizione, indipendentemente dalla sorte del credito e della ipoteca, la legge richiede quella ch'è necessaria per la liberazione del debitore, ch'è quanto dire per la disposizione del credito. E di fatti, la cancellazione della iscrizione può compromettere la sorte della ipoteca e del credito, quando, in seguito ad essa, il debitore cade nello stato d'insolvenza. Quindi il minore, l'interdetto, l'inabilitato e la donna maritata non possono consentire una cancellazione d'iscrizione, se non con l'intervento delle persone e con l'adempimento delle formalità necessarie per la disposizione stessa del loro credito ipotecario; anche quando essi avessero riscosso questo credito. Perchè, o il pagamento loro non è stato fatto nei modi di legge, ed il debitore non è definitivamente liberato della sua originaria

obbligazione; o il pagamento è stato del tutto regolare, ed allora il datore d'ipoteca procederà alla cancellazione della iscrizione in base all'atto che prova il pagamento, e che racchiude gli estremi degli articoli 1978, 1989 e 1990, e che emana dalle persone le quali assistano o rappresentino l'incapace. L'art. 2035 poi si affretta a soggiungere ciò che pur discende dai principii generali, che cioè il genitore esercente la patria potestà ed il tutore neppur possono da soli consentire la cancellazione di una iscrizione, la quale protegge il credito del loro amministrato, se questo credito non è soddisfatto. Perchè è vero che il genitore ed il tutore possono da soli liberare il debitore, e quindi, in conformità dell'art. 2034, dovrebbero poter da soli consentire la cancellazione di una iscrizione; ma quella loro facoltà di liberare il debitore va intesa nel senso che essi possono esigere il credito, liberando *perciò* il debitore. Ora, non esigendo il credito, essi non possono altrimenti liberare il debitore, e quindi non consentire la cancellazione della relativa iscrizione, che equivarrebbe indirettamente ad una disposizione del credito, per la possibile sopravvegnente insolvenza del debitore. Occorrerebbe quindi la deliberazione del consiglio di famiglia e la omologazione del tribunale. Vale lo stesso per il curatore del minore emancipato (art. 317 e 319).

In quanto agli altri amministratori la disposizione dell'art. 2035 va intesa nel senso, che essi non potrebbero consentire una cancellazione d'iscrizione, senza riscuotere al tempo stesso il credito; i loro poteri essendo ancora più ristretti, che quelli di un genitore esercente la patria potestà, del tutore, e del curatore di un emancipato. La cancellazione della iscrizione dunque non potrebbe essere consentita che dall'amministratore avente la capacità *ad hoc*. In conformità di questi principii, il curatore di un inabilitato non potrebbe mai da solo consentire una cancellazione d'iscrizione, senza esigere il credito; ma all'uopo occorrerebbe il consenso e del curatore e dello inabilitato (art. 339). Dicasi altrettanto del marito amministratore dei beni della moglie (art. 134).

5. La cancellazione sarà forzosa, o giudiziaria, quando il datore d'ipoteca, avente diritto a conseguirla, ed il creditore non vo-

lendovisi prestare amichevolmente, essa è ordinata dall'autorità giudiziaria (art. 2036). Le cause, per le quali si può aver diritto dallo interessato a veder cancellata una iscrizione, possono essere varie, e che l'art. 2036 comprende nelle due generali enunciazioni: d'*insussistenza dell'ipoteca* e di *nullità della iscrizione;* insussistenza e nullità che alla lor volta possono dipendere da cause speciali differenti, e che hanno una diversa importanza rispetto alla posizione del creditore, la cui iscrizione viene cancellata. Così, la ipoteca può essere insussistente, per essersi estinta ai termini degli art. 2029 e 2030; o per essere *ab initio* nullamente costituita, in violazione degli articoli 1974, 1977, 1978 e 1979; o per essersi invalidata in base alla disposizione dell'art. 1976; nei quali rincontri, cancellata la iscrizione, il creditore non può ulteriormente procedere ad una seconda accensione di essa. Ma la ipoteca può essere tuttora sussistente e valida, ed essere soltanto nulla la iscrizione, per essersi eseguita in disformità degli art. 1987 e 1998, 1989 e 1990, o per essere stata eseguita tardivamente secondo gli art. 1942 e 2012. Nei quali rincontri, cancellata la iscrizione, il creditore può *subito* ripeterla, riparando alla nullità della prima; o *quando* si reintegrerà lo stato delle cose, in conformità del quale il creditore si trovi nuovamente in tempo per conservare la sua ipoteca.

La cancellazione sarà pure ordinata dall'autorità giudiziaria, quando, promessa convenzionalmente dal creditore, questi non voglia poi rilasciar l'atto di cui nell'art. 2033, secondo le spiegazioni che fornimmo più innanzi.

6. La cancellazione può essere dimandata da quegli che vi ha interesse; epperò innanzi tutto dal datore d'ipoteca; a meno che non la si volesse dimandare per nullità della iscrizione a causa di omissione o d'inesattezza di pure e semplici formalità, in quanto il costituente non può opporre la mancanza o l'irregolarità di un'iscrizione riferentesi ad una ipoteca da lui *validamente costituita.* Può dimandare la cancellazione il terzo possessore dell'immobile ipotecato, ed un altro creditore ipotecario posteriormente iscritto, per dare così alla sua ipoteca non solo l'efficacia, ma anche l'apparenza di un

grado poziore. Per la radiazione non può ammettersi la gestione da parte del creditore, in quanto essa è un atto di per sè medesimo pregiudizievole; ma non così da parte del costituente; bene inteso però che in suo nome non potrebbe mai un gestore dimandare giudizialmente la cancellazione, perchè la gestione non ha luogo in diritto moderno per gli atti giudiziali.

7. La cancellazione sarà dimandata giudizialmente contro il creditore iscritto, ch'è la parte interessata. Essa sarà pronunziata con sentenza, la quale, per essere operativa, deve far passaggio in cosa giudicata. In pendenza dei termini per prodursi ricorso in cassazione, e nella pendenza del ricorso stesso, può la sentenza che ordina la cancellazione della iscrizione considerarsi già passata in giudicato? La legge in nessun luogo definisce il valore di questa, espressione, che perciò alcuni vorrebbero confondere con quella di sentenza eseguibile, contro cui cioè siano esauriti gli *ordinari* mezzi di gravame: opposizione ed appello, pur essendo ancora aperti quelli *straordinari* della rivocazione e del ricorso per Cassazione. Noi invece opiniamo, che per sentenza passata in cosa giudicata la legge intenda la sentenza *irrevocabile*, quella cioè che per una presunzione assoluta *pro veritate habetur;* mentre sino a quando è aperto un qualche mezzo di sua riformazione, non si ha così fatto stato di verità legale. La nostra teoria è da accogliere, tanto più perchè gli effetti di una cancellazione d'iscrizione, alla base di una sentenza tuttora passibile del ricorso per Cassazione, sarebbero irreparabili, malgrado la finale vittoria giudiziale del ricorrente; cui perciò invano la legge avrebbe apprestato il mezzo di far riconoscere e rispettare il suo diritto, in quanto la riaccensione dell'iscrizione non potrebbe giovargli che a far grado dalla sua data, in omaggio al principio inconcusso del rispetto ai diritti dei terzi, fondato sulla pubblicità (art. 2032).

8. Tanto la cancellazione volontaria, quanto la giudiziaria possono essere subordinate a qualche condizione in favore del creditore: quella, per esempio, che gli si conceda un'altra ipoteca sopra

altri beni, o che le somme dovutegli siano in altro modo impiegate, ecc. In questi casi il conservatore non può eseguire la cancellazione, se non gli si fa constare l'adempimento della convenuta o ordinata condizione (art. 2037). Potendo intanto questo adempimento dar luogo ad incertezze o dubbii nell'animo del conservatore, circa alla sua realtà, e conformità degli atti prodotti al contenuto ed alla sostanza della condizione, egli, ad evitare ogni sua responsabilità, può rifiutarsi ad eseguire la cancellazione. Ma, prima di vedere in che modo la legge statuisce in tal circostanza, osserviamo intanto che il conservatore è chiamato a giudicare della regolarità o meno dell'adempimento della condizione, convenuta fra le parti, o ordinata dalla sentenza, per far luogo alla cancellazione; e perciò egli può, senz'altro, in base alla ispezione dei documenti che gli si presentano, eseguire la cancellazione, anche senza sua responsabilità; a meno che non vi sia negligenza grave o mala fede, una volta che la legge gli affida l'esame dei documenti, rimettendosene alla sua prudenza. Ora, in cotesta sua facoltà, accordatagli dall'articolo 2037, si riscontra una giurisdizione del conservatore alquanto esorbitante dalle sue funzioni amministrative; il giudicare della regolarità e validità dell'adempimento di una condizione, da cui dipende la sorte di gravi interessi, importando spesso la valutazione di criteri ed elementi giuridici, che sfuggono alla competenza del conservatore. Sarebbe stato quindi più prudente che le stesse parti interessate, o un secondo provvedimento dell'autorità giudiziaria, avessero dovuto fornir la prova dell'adempimento della condizione; in guisa che il conservatore non avesse mai potuto eseguire una cancellazione di iscrizione, se non alla base di un atto, che assicurasse nella maniera più completa la posizione giuridica del creditore iscritto.

9. Ma ordinariamente avverrà, che, al menomo dubbio della regolarità ed esattezza dell'adempimento della condizione, il conservatore rifiuterà la cancellazione. Or come decidere il conflitto fra il richiedente la cancellazione ed il conservatore che la rifiuta? Con l'intervento dell'autorità giudiziaria (art. 2039). Il richiedente la cancellazione dunque si richiamerà al tribunale del rifiuto del conserva-

tore, ed il provvedimento sarà emanato in Camera di consiglio, sentito il Pubblico Ministero, ed anche d'ufficio il conservatore nelle sue osservazioni scritte. Ma se il richiamo è provocato dalla contraddizione di altri interessati, per la opposizione dei quali il conservatore rifiuta la cancellazione, esso sarà discusso con le forme comuni del procedimento sommario, sentito il Pubblico Ministero (art. 2039). Contro il provvedimento del tribunale è ammesso l'appello ed il ricorso per Cassazione (art. 2039); ma noi opiniamo che questi mezzi di gravame non competano al conservatore, perchè mancante d'interesse. Se egli in principio ha rifiutato la cancellazione per motivi che gli sono sembrati giusti, ha adempiuto al suo dovere di pubblico ufficiale, ed ha messo in salvo la sua responsabilità. Ma quando è intervenuto un pronunciato dell'autorità competente a rimuovere quei dubbii, sarebbe soverchio il suo zelo di vederli ulteriormente discussi *senza suo interesse;* perchè, eseguendo egli la cancellazione in base alla sentenza del tribunale, che fosse passata in giudicato per mancanza di gravami da parte degli interessati, egli si troverebbe al coperto di qualunque responsabilità. Neppure può dirsi che il conservatore abbia interesse ad appellarsi e ricorrere in Cassazione, onde non essere responsabile del suo primo rifiuto, che il tribunale avrebbe trovato ingiusto con la sentenza. Perocchè il rifiuto d'una cancellazione d'iscrizione, a meno che addirittura capriccioso, non include la responsabilità del conservatore, cui è già con troppa non lodevole larghezza lasciata una certa prudenza e libertà nella valutazione degli elementi di fatto e di diritto, che la legge gli affida pel disimpegno del suo ufficio, secondo le osservazioni fatte poco innanzi. Tanto vero, che mentre l'art. 2069 dichiara responsabile il conservatore di qualunque ritardo o rifiuto *della accensione di una iscrizione;* nulla dice invece della sua responsabilità pel ritardo o rifiuto della *cancellazione d'iscrizione;* perchè, dopo tutto, i danni dell'uno e dell'altro ritardo o rifiuto sono ben diversi ed importanti.

Lezione Decimasettima

Sommario: Della riduzione della iscrizione. — Suo duplice obbietto: *somma iscritta*, e *quantità dei beni sui quali è presa la iscrizione*. — *Di regola*, sono riducibili soltanto le iscrizioni delle *ipoteche legali* e *giudiziali*, e non pure delle ipoteche convenzionali. — Spese della riduzione.

1. Essendo la *riduzione delle ipoteche*, di cui negli articoli 2024 e seg. del Codice civile, una *parziale cancellazione della iscrizione ipotecaria*, secondo fu osservato in principio della precedente Lezione; così, in generale, le si applicano le medesime norme che si applicano alla cancellazione totale, di cui negli articoli 2033 e seg.; tenuto conto di cotesto diverso rapporto quantitativo, e di altre particolarità, che giustificano la trattazione, nel Codice, della riduzione separatamente dalla cancellazione.

L'una dunque, al pari dell'altra, si esegue con l'annotare in margine dell'iscrizione il sopravvenuto cambiamento, del quale or ora vedremo l'oggetto, secondo la disposizione dell'art. 2038.

Egualmente la riduzione, al pari della cancellazione, è volontaria o consensuale, e necessaria o giudiziaria; e per la sua esecuzione sui registri occorrerà un atto conforme a quello indicato nello articolo 2033; o una sentenza passata in giudicato, a termine dello articolo 2036; ed il deposito dell'atto stesso nell'ufficio della Conservazione, secondo il disposto del primo comma dell'articolo 2038. E per la riduzione troveranno altresì applicazione gli art. 2037 e 2039, scritti per la cancellazione totale delle iscrizioni nella sezione IX del capitolo del Codice sulle ipoteche.

2. In riguardo poi alla capacità per consentire una riduzione d'iscrizione, occorre qualche differenza, che interessa dichiarare,

con i principii i quali governano la capacità per consentire una cancellazione totale d'iscrizione. Noi vedemmo, che se il debito ipotecario veniva regolarmente soddisfatto, la donna maritata, l'inabilitato, il minore emancipato, senz'altra assistenza; ed il genitore esercente la patria potestà o la tutela legale, ed il tutore del minore o dell'interdetto, senz'altro concorso del consiglio di famiglia e del tribunale, potevano consentire la cancellazione della iscrizione, trattandosi di un atto da meno che di ordinaria amministrazione. Invece, si domanda: pagata ad alcuno di quegli incapaci una parte del loro credito ipotecario, possono la donna maritata, l'inabilitato ed il minore emancipato da soli, ed il genitore esercente la patria potestà o la tutela legale, ed il tutore del minore o dell'interdetto anche da soli, consentire una corrispettiva riduzione d'iscrizione? Bisogna distinguere l'oggetto della riduzione. Se il debitore domanda che, in seguito al parziale pagamento, si rettifichi nella iscrizione la somma, per la quale la sua proprietà immobiliare appariva originariamente vincolata; che si riduca cioè la somma che rappresenta il credito ipotecario; nessun dubbio che quelle persone possono liberamente prestare il loro consenso. Difatti, il debito è realmente ridotto, e nel fare l'analoga dichiarazione sui pubblici registri il creditore nulla perde, perchè di nulla dispone; egli adempie solo ad una formalità, indifferente per lui, utile per l'ipotecante. Ma se il debitore, in seguito al parziale pagamento, dimanda, oltre che la *riduzione della somma iscritta*, anche un *proporzionale svincolo di beni sui quali grava la iscrizione*, le suddette persone non avrebbero capacità per consentirlo, e dovrebbero uniformarsi alle altre formalità volute dalla legge per rendere pienamente validi gli atti degli incapaci. Ed in verità, attesa la indivisibilità dell'ipoteca, per la quale la proprietà gravata garentisce il pagamento del credito ipotecario tutta intera, e sino all'ultimo centesimo di esso; il creditore, che consentisse uno svincolo parziale di cotesta proprietà, verrebbe a *disporre di un suo diritto*, cioè di una maggiore sua garentia, della sua sicurezza, val dire, riposta nella maggior latitudine dei beni ipotecati, la quale gli è data dalla legge (art. 1964, secondo comma). Ora, per disporre dei beni e dei diritti (e l'ampiezza della garentia costituisce

essa stessa un valore economico, un diritto, un bene patrimoniale) bisogna averne l'analoga capacità; la quale manca al minore emancipato, all'inabilitato, ed alla donna maritata, occorrendo sia completata dall' *assistenza di altre persone;* e manca eziandio al genitore ed al tutore, i quali, per quegli atti di disposizione di beni che riguardano i loro amministrati, minore ed interdetto, *in nome dei quali essi agiscono,* devono ottenere la deliberazione del consiglio di famiglia o l'omologazione del tribunale, o l'una e l'altra insieme. E questo risolve la nostra proposta questione.

3. La riduzione dunque, come qui sopra dicevamo, può avere un duplice obbietto: cioè, o la restrizione della quantità dei beni vincolati con la iscrizione alla garentia del credito; o la restrizione della somma, che apparisce nella iscrizione costituire lo ammontare del credito ipotecario (art. 2024). Lasciando da parte la libera convenzione degli interessati, che possono convenire dell'una o dell'altra riduzione in conformità del diritto comune; esaminiamo la riduzione, che il debitore può pretendere contro la volontà del creditore iscritto, provocando la sentenza dell'autorità giudiziaria.

Il diritto alla riduzione è escluso tutte le volte che, o la quantità dei beni vincolati, o la somma da indicarsi nei registri, sia stata determinata, precedentemente o posteriormente alla iscrizione, per convenzione delle parti o per sentenza del giudice, e la iscrizione corrisponda a questa determinazione (art. 2025). Ciò avrà luogo ordinariamente quasi sempre riguardo alla iscrizione di una ipoteca convenzionale, almeno rispetto alla quantità dei beni, che devono, sotto pena di nullità, essere specificati nel contratto costitutivo della ipoteca (art. 1979). Ma la disposizione dell'art. 2025 può trovare applicazione anche nelle iscrizioni delle ipoteche giudiziali e legali, quando, per esempio, la sentenza di condanna, producente la ipoteca giudiziale, abbia determinato la somma del debito, e poscia le parti abbiano d'accordo stabilita la quantità dei beni sui quali debba accendersi la iscrizione; e quando nel titolo costitutivo della ipoteca legale trovansi già determinati, e l'ammontare del credito, o la quantità dei beni da portarsi nella iscrizione, come

avviene nelle ipoteche legali dell'alienante e dei condividenti; e come può anche avvenire nelle ipoteche legali dei minori, degli interdetti e della moglie, di cui nei num. 3 e 4 dell'art. 1969.

La riduzione dunque, stando al disposto dell'articolo 2026, non potrà essere dimandata dal debitore se non in quei casi d'ipoteche legali e giudiziali, nei quali, o la somma da iscriversi, o la quantità dei beni su cui iscrivere, non si trovino precedentemente determinate nel titolo, e quindi il creditore fissi egli stesso l'una e l'altra in misura eccessiva. Può anche presentarsi il caso della riduzione riguardo alla ipoteca convenzionale, quando prima della iscrizione non sia liquidato l'ammontare del credito, ed il creditore fissa egli una somma nelle note ipotecarie (art. 1992). Non vale la disposizione dell'art. 2026, che prevede il caso *ordinario*, e deve essere combinata con quella dell'art. 2025, essendo assurdo che il creditore iscrivendo oggi per 50,000 lire il suo credito illiquido, liquidato poscia in 10,000, il debitore non debba avere il diritto di stabilire pubblicamente la sua posizione ipotecaria in rispondenza alla realtà delle cose.

Breve: l'iscrizione eccessiva nella somma o nei beni, per qualunque specie d'ipoteca, convenzionale, legale o giudiziale, è riducibile tutte le volte che l'eccesso dipenda dal fatto e dal criterio esclusivo dello iscrivente, mancando una preventiva determinazione contrattuale o giudiziale dei due oggettivi elementi della ipoteca. Nel fatto poi avverrà, che nella ipoteca convenzionale l'atto costitutivo, dovendo determinare necessariamente i beni soggetti al vincolo, determinerà anche ordinariamente la somma garentita; ciò che a prima giunta può far credere non essere mai riducibile la iscrizione di un'ipoteca convenzionale; come di fatti non la è mai rispetto ai beni, ma può esserla rispetto alla somma.

4. Verificatosi l'eccesso, era giusto accordare all'interessato il diritto di stabilire la debita proporzione fra l'entità della garentia e quella del credito garentito, l'eccesso della iscrizione, mentre nuoce al debitore, non giovando al creditore. La legge intanto provvidamente ha voluto essa stessa determinare il *quantum* dell'ec-

cesso, per aprir l'adito ad una domanda giudiziale di riduzione di iscrizione, onde evitare l'inconveniente, che, per una minima e derisoria differenza, s'intentassero dispendiosi litigi, ed a carico poi di persone le quali non sempre potrebbero ritenersi colpevoli, nè di arbitrio, nè d'imprudenza. Non essendo determinata, nè per convenzione, nè per sentenza, la somma dovuta e la quantità dei beni da sottoporre al vincolo, doveva lasciarsi al creditore una certa libertà di valutazione nel fissare con la iscrizione quei due elementi della ipoteca; chè altrimenti, o si costringerebbe il creditore a mantenersi nella iscrizione al di sotto della giusta misura, con suo pregiudizio; o lo si metterebbe in condizione di subire un giudizio inevitabile di riduzione, essendo presso che impossibile ch'egli, con tutta la sua buona volontà, mantenga nella iscrizione la perfetta misura di corrispondenza fra l'entità della garentia e quèlla del credito da garentire, mancando a lui i dati di fatto per questa precisa valutazione. Onde l'articolo 2026, rispetto alla somma iscritta, fissa l'eccesso ad un *quinto* di essa sulla somma dovuta; e l'articolo 2027, rispetto ai beni sui quali si è accesa l'iscrizione, determina l'eccesso ad un *terzo* del valore di essi sull'importare del credito iscritto, accresciuto dagli accessori a norma dell'art. 2010. Così, se a garentia di un credito per danni-interessi aggiudicati con sentenza, la quale però ne rimetta la liquidazione in separata sede, il creditore iscriva la sua ipoteca giudiziale per 6000, mentre la successiva liquidazione determina il credito in sole lire 5000, l'interessato, in base a questo eccesso ch'è del quinto, potrà dimandare ed ottenere la relativa riduzione; ciò che non sarebbe stato possibile, se il creditore avesse iscritto per 5500. Intanto si vuol sapere: se, constatato l'eccesso del quinto, la iscrizione debba essere ridotta alla somma realmente dovuta dal debitore, o a quella che, pur superandola, non avrebbe dato luogo alla riduzione, per non aver raggiunto l'eccesso del quinto. Noi siamo per la prima opinione, perchè se in vista di prevenire dei litigi il legislatore mantiene irriducibile una iscrizione, che pure in realtà è eccessiva, quando questo eccesso non sia della importanza da lui stabilita; non vi sarebbe però ragione di non ristabilire il naturale equilibrio,

quando il creditore avesse col fatto suo provocato e dato già luogo a questo giudizio.

Rispetto ai beni, come si è detto, l'eccesso, che può dar luogo alla riduzione, è di un terzo del loro valore su quello del credito iscritto. Quindi, se per un credito iscritto di 12,000 lire, calcolato nella somma capitale ed interessi e spese di cui nell'art. 2010, il creditore ha preso iscrizione sopra beni del valore di 16,000, l'interessato può pretendere che la iscrizione sia ristretta ai soli beni che rappresentino il valore di 12,000. E qui si riproduce, e noi risolviamo negli stessi termini, la questione precedentemente esaminata riguardo all'eccesso nel valore dichiarato del credito, quando per esso è provocata la riduzione; cioè, che constatato l'eccesso del terzo fra il valore dei beni ipotecati e quello del credito, la iscrizione dev'essere ridotta a tanti soli beni, che rappresentino un valore di garentia uguale a quello del credito garentito.

5. Rispetto ai beni vincolati nella iscrizione sorge poi questa altra gravissima questione: se, cioè, presa la iscrizione sopra un solo immobile, di un valore eccedente il terzo quello del credito, si possa pretendere dall'interessato la restrizione della iscrizione ad una parte sola dell'immobile, sufficiente alla garentia del credito. Noi crediamo che la prima indagine a farsi in proposito sia lo stabilire la natura *divisibile* o *indivisibile* dell'immobile; perchè nell'ultimo caso la irriducibilità della iscrizione discende da necessità di cose; da una parte, non potendo restringersi la iscrizione ad una frazione dell'immobile, la quale non avrebbe per sè una entità economica; e dall'altra parte, non potendosi rendere illusoria l'ipoteca del creditore col fissarla sopra un valore, il quale non sarebbe capace di essere conseguito con la espropriazione forzata. Ma data la divisibilità dell'immobile, non si comprende per qual principio di diritto e di ragione si debba negare all'interessato il beneficio della restrizione dell'iscrizione ad una parte sola dello stabile, la quale sia sufficiente a garantire il creditore; quando non vi è dubbio, che se prima dell'iscrizione quello stesso immobile si fosse trovato effettivamente diviso in due, per destinazione del proprie-

tario, o per lavori apparenti di una materiale separazione, il debitore avrebbe avuto il diritto di far ridurre la iscrizione ad una delle due parti dell'immobile originariamente unico; nè più nè meno come se la iscrizione fosse stata accesa sopra due diversi e distinti immobili, e concorressero gli estremi della riduzione. Non vale opporre il principio della indivisibilità della ipoteca, in conformità del quale è tutto l'immobile e ciascuna parte di esso che risponde della garentia del credito; perchè questo principio è applicabile anche nel caso *di più distinti immobili ipotecati*, senza che per questo impedisca la riduzione della iscrizione. Quel principio, di cui altrove spiegammo il contenuto, è applicabile solo quando l'ipoteca è stata iscritta *in debita misura*, in base alla convenzione delle parti, o alla originaria proporzione della sua entità con quella del credito. Ma quando invece la iscrizione è surta eccessiva, come la indivisibilità della ipoteca non impedisce che quella sia ristretta da due ad un solo immobile, neppure può impedire che la sia da tutto ad una parte dello stesso immobile. Insomma, la indivisibilità della ipoteca vale, così pel rapporto che liga fra loro i diversi immobili ipotecati a garentia di un medesimo credito, come pel rapporto che unisce fra loro diverse parti di un solo immobile divisibile, ipotecato per tal credito; e tanto nell'uno che nell'altro caso la sua influenza sulla regola della riduzione è affatto nulla ed inconcludente. D'altronde, col principio della irriducibilità della iscrizione ad una parte di un immobile, si verrebbe spesso a negare al debitore il beneficio della riduzione anche nel caso che la iscrizione sia accesa in misura eccessiva sopra più immobili distinti, quando ciascuno di questi non presenti un valore sufficiente alla garentia del credito, mentre presi assieme rappresentino un valore eccedente il terzo quello del credito garentito.

Deve finalmente osservarsi, che mentre pel Codice francese la riduzione della iscrizione eccessiva è contemplata nella espressa ipotesi di più distinti immobili gravati da quella iscrizione, eppure dà luogo alla nostra questione; il Codice italiano invece (art. 2024) parla di riduzione *ad una parte dei beni ipotecati*, adoperando la parola *beni* in plurale, come sinonimo di ricchezza, di patrimonio

immobiliare, indipendentemente dalla sua materiale composizione in capi distinti o in una unità di fatto. Ciò è tanto vero, che in seno alla Commissione coordinatrice del Codice civile il commissario De Foresta proponeva sostituire alla dizione dell'art. 2024 « *la riduzione delle ipoteche si opera col restringerle ad* UNA PARTE SOLTANTO *dei beni indicati nella iscrizione* » quest'altra: « *la riduzione si opera col restringerla* AD ALCUNI SOLTANTO *dei beni* », ad evitare il dubbio, così egli diceva, che poteva sorgere dalla parola *parte*, che la legge permettesse la restrizione della iscrizione *ad una frazione dello stesso immobile.* È vero pure che la Commissione escludeva questa interpretazione, opinando essa per la irriducibilità di un'iscrizione eccessiva presa sopra un solo immobile; ma è anche vero che la dizione dell'art. 2024 restava immutata, mentre poi la opinione della Commissione non era che un'opinione particolare e dottrinale come un'altra, e da respingersi per le ragioni intrinseche anzi dette. Un valore positivo lo avviso della Commissione avrebbe potuto averlo, se, in seguito a quella discussione, essa avesse realmente riformato comunque la dizione dell'articolo; ma questo, rimasto qual'era nella sua originaria dizione, va interpretato in conformità del pensiero del suo primo redattore, pensiero che noi deduciamo, in favore della riducibilità, dai principii generali di diritto, cui doveva essersi ispirato.

6. La riduzione può essere dimandata da chiunque vi abbia interesse, secondo la larga espressione dell'art. 2026, e quindi, oltre che dal debitore e dal terzo possessore di uno degli immobili ipotecati, anche da un altro creditore iscritto. Primo iscrive il suo credito di lire 30,000 sul fondo A e sul fondo B, del valore ciascuno di 30,000; Secondo iscrive il suo credito di 30,000 sopra il solo fondo A; Terzo il suo credito di 30,000 sul fondo B. Può sembrare a prima giunta che Secondo non abbia alcun interesse a dimandare che Primo restringa la sua iscrizione ad uno solo degli immobili; perchè, o questi si paga sull'immobile B, ed allora resterà egli il creditore primo iscritto sull'immobile A; o Primo si pagherà su questo immobile, ed allora sarà egli surrogato nella prima ipoteca di Primo

sull'immobile B (art. 2011); quindi in ogni caso Secondo sarebbe salvo, e non avrebbe ragione di domandare la riduzione della prima iscrizione. Nondimeno, ad ottenerla egli può avere un duplice interesse. Innanzi tutto, riducendosi la iscrizione di Primo al solo immobile B, Secondo resterebbe creditore primo iscritto sull'immobile A, e con questo il suo credito acquisterebbe un maggior valore commerciale, prima della espropriazione. In secondo luogo, Secondo può con quella riduzione prevenire un vero suo pregiudizio. Di fatti, se Primo consente la cancellazione della sua iscrizione sul fondo B, si pagherà sul fondo A, sul quale per ciò Secondo resterà incapiente, e senza poter godere della surrogazione nella ipoteca di Primo sul fondo B, perchè questa ipoteca non è stata conservata da Primo, e la surrogazione verificandosi solo al momento della graduazione e del pagamento dei creditori iscritti; onde sarà Terzo che si troverà ad essere creditore primo iscritto sul fondo B, secondo le più ampie spiegazioni che daremo a proposito della surrogazione ipotecaria. A questo pericolo Secondo avrebbe ovviato, ottenendo anticipatamente la riduzione della iscrizione di Primo al solo fondo B, restando così egli creditore primo iscritto sul fondo A.

7. L'art. 2028 si occupa delle spese della riduzione occorrenti per le formalità dell'atto, e delle spese del giudizio di riduzione contrastata dal creditore, ponendole a carico or dell'uno or dell'altro, secondo le circostanze. Per regola generale le prime sono a carico del richiedente la riduzione, perchè questa ha luogo nel suo vantaggio, quando la riduzione è concessa volontariamente dal creditore, che non avrebbe potuto esservi costretto. Se invece l'interessato ha diritto alla riduzione, la legge distingue: se l'eccesso riguarda la somma iscritta, o la quantità dei beni sui quali è stata presa la iscrizione; facendo nell'un caso sopportare le spese della riduzione al creditore, e nel secondo mantenendole a carico del richiedente; forse perchè la legge ha considerato, che pel creditore era più facile determinare con maggiore esattezza l'ammontare del suo credito iscritto, che non valutare con pari esattezza il valore degli immobili sui quali prendeva la iscrizione, e tenendolo perciò responsabile di

quell'eccesso e non di quest'altro. Le spese poi del giudizio, che, in mancanza di amichevole componimento, ha dovuto decidere della contrastata dimanda di riduzione, sono, come tutte le altre spese giudiziali, a carico del soccombente, ovvero compensate secondo la proporzione del torto dei due litiganti. Se l'art. 2028, ultimo comma, ha creduto necessario proclamar ciò espressamente, è stato per tener ben distinte le spese proprie della riduzione (quali i diritti dovuti al conservatore e le spese degli atti da esibire a lui, comuni così alla riduzione volontaria, cioè liberamente e generosamente consentita dal creditore, come alla riduzione necessaria, che cioè l'interessato ha diritto ad ottenere), e le spese del giudizio di riduzione; potendo le une avere una sorte diversa dalle altre. Così: accesa dal creditore di 10,000 un'iscrizione sopra beni del valore di 20,000, il debitore lo chiama in giudizio per sentirsi ridotta la iscrizione a minor quantità di beni. Le spese di questo giudizio saranno a carico del creditore soccombente, che ha accettato la lite capricciosamente; ma le spese necessarie perchè il conservatore esegua la riduzione (quelle stesse spese cioè che sarebbero state necessarie per eseguire la riduzione, ove il creditore avesse subito riconosciuto la giustizia della dimanda del debitore, rilasciandogli l'atto portante il suo consenso alla cancellazione parziale della iscrizione, di cui nell' art. 2033), restano a carico del debitore; risultando dal secondo comma dell'articolo 2028 che solo per l'eccesso nella determinazione della somma iscritta è responsabile il creditore, riguardo alle spese della riduzione.

PARTE TERZA



DEGLI

EFFETTI DELL'IPOTECA

Lezione Decimottava

Sommario: Degli effetti dell'ipoteca nel rapporto *fra il creditore ipotecario ed il debitore, proprietario dell'immobile ipotecato,* nel periodo di tempo che precede l'esercizio dell'azione creditoria ed ipotecaria per il pagamento della obbligazione. — Limitazione in genere del diritto di proprietà dell'ipotecante, e specialmente *riguardo agli atti di disposizione* sull'immobile ipotecato.

1. La ipoteca, se non un vero e proprio *smembramento* della proprietà immobiliare, ne costituisce però un *peso* ed un *vincolo,* coordinato allo scopo della garentia speciale del credito. E per conseguenza, il diritto di proprietà dell'immobile, sul quale s'imprime cotesto peso e cotesto vincolo, trovasi necessariamente ristretto e limitato nelle mani del proprietario. Il quale, in tanto può usare, godere e disporre delle cose sue nella maniera la più assoluta, in quanto l'esercizio di questo suo potere non trovi un limite in alcune determinate provvidenze della legge, dettate nell'interesse generale della società (art. 436, 533 e 534); o in un altro interesse particolare, pure dalla legge riconosciuto e protetto, se non anche dallo stesso proprietario liberamente voluto e costituito, *il diritto,* cioè, *del terzo* (art. 477, 521 e 522, 535 e seg., 616 e seg. ecc.). Soltanto questa limitazione del diritto di proprietà si esplica praticamente in diverso modo, a seconda del diverso contenuto del diritto del terzo, che si appunta sulla proprietà altrui. Così, a cominciare dal nudo proprietario, il quale deve, benchè temporaneamente, lasciare ad altri il *godimento* diretto totale o parziale delle cose sue, come avviene nelle servitù personali di usufrutto, uso ed abitazione; e dal proprietario del fondo soggetto ad una servitù reale, il quale deve astenersi da quegli atti di disposizione e di godimento sul predio servente, che restringerebbero o impedirebbero l'esercizio della servitù a favore del proprietario del fondo dominante; atti ch'egli potrebbe

invece compiere liberamente, ove quella servitù non esistesse; si viene al proprietario dell'immobile ipotecato, il quale deve alla sua volta astenersi da quegli atti di disposizione, di godimento e di amministrazione, che comprometterebbero il valore e l'efficacia della garentìa ipotecaria, la quale costituisce il diritto speciale del creditore ipotecario; atti che, come nel caso precedente, egli potrebbe liberamente esercitare, ove la ipoteca non sussistesse. Di guisa che, il *principio* più comunemente proclamato « che il debitore, proprietario dell'immobile ipotecato, conservi integro il suo diritto di proprietà, nelle facoltà della disposizione e del godimento inerenti a questo diritto, salvo il rispetto dovuto al diritto d'ipoteca del creditore » ci sembra teoricamente meno esatto di quest'altro: « che il solo fatto della costituzione dell'ipoteca sull'immobile restringe *in abstracto* il diritto di proprietà dell'ipotecante; salvo che *in concreto* il diritto di disposizione e di godimento dell'immobile da parte di costui si mantenga in una sfera, e si esplichi in maniera, da non offendere il diritto del creditore ipotecario; nel qual caso i due diritti procedono paralleli, senza urtarsi, e quindi senza limitarsi reciprocamente ».

2. La norma, così formulata, dei rapporti giuridici fra il creditore ipotecario e l'ipotecante, nel periodo che precede l'esercizio dell'azione creditoria ed ipotecaria, oltre che discende dai principii generali di diritto, è pure positivamente e particolarmente riconosciuta dall'art. 1176 del Codice civile, combinato con l'art. 1980. Difatti, in virtù di detta disposizione, il creditore ipotecario può domandare la risoluzione del contratto, e quindi l'immediato rimborso del credito, tutte volte che l'ipotecante distrugga o diminuisca la garentìa ipotecaria. Ora, se cotesta distruzione o diminuzione di garentìa provenga da quei cotali atti di disposizione e di godimento compiuti dall'ipotecante sull'immobile ipotecato, il creditore si troverà per ciò stesso investito della facoltà dell'art. 1176; la legge ivi non distinguendo modo da modo, col quale si produca la diminuzione della garentìa ipotecaria. Ma *la facoltà* di dimandare la risoluzione del contratto prova anzi tutto, che l'ipotecante *non ha diritto* di compiere i suddetti atti di disposizione e di godimento sulla sua

proprietà vincolata, perchè *neminem laedit, qui suo jure utitur.* E dimostra al tempo stesso, che il creditore può invece insistere per la *esecuzione specifica della obbligazione*, opponendosi cioè a quegli atti dell'ipotecante, che pregiudicherebbero la sua garentìa; dimandando all'uopo man forte all'autorità giudiziaria, che ne pronunzierebbe la nullità; deputata come essa è a proteggere il mantenimento dei diritti, nè più nè meno quali si trovano costituiti per legge o per convenzione. Perocchè, è soltanto quando la violazione del diritto diventa irreparabile direttamente, dal punto di vista dello stato di fatto e della realtà delle cose, che la vittima dell'abuso è costretta a vederlo reintegrato per la via indiretta dal risarcimento del danno e della risoluzione del contratto (art. 1165, 1218 e seg.).

Allora tutta la questione si riduce ad esaminare, volta per volta, se ed in quanto gli atti di disposizione, di godimento, e di amministrazione sull'immobile ipotecato (inerenti al diritto di libera proprietà), esercitati dall'ipotecante, siano di tal natura da lasciare incolume, o da offendere il diritto ipotecario del creditore, per mantenerli nell'un caso, e annullarli nell'altro. Ciò che appunto qui imprendiamo ad esaminare, in via di esemplificazione.

3. È fuori ogni contestazione, che l'ipotecante possa liberamente ed efficacemente alienare, a titolo gratuito ed oneroso, l'immobile ipotecato. Da una parte, la validità di questi atti di disposizione è positivamente presupposta dalla legge in tutti gli articoli del Codice, che governano l'azione ipotecaria contro il *terzo possessore* (art. 2013 e seg., 2040 e seg. e 2076); e dall'altra parte è logicamente sorretta dal nessun pregiudizio del diritto del creditore, il quale, avendo azione contro l'acquirente dell'immobile ipotecato, conserva impregiudicata nelle sue mani la propria garentìa, così prima come dopo l'alienazione di detto immobile; perchè, in ogni caso, il creditore farà pesare il pagamento del suo credito sul prezzo dell'immobile ipotecato; prezzo che certo non sarà diverso, se ottenuto dalla espropriazione contro l'acquirente, piuttosto che contro lo stesso ipotecante. Nè la condizione del creditore ipotecario è pregiudicata dalla facoltà del rilascio e della purgazione di cui gode il

terzo possessore (art. 2013); perchè e il rilascio e la purgazione dell'immobile ipotecato si riducono al concetto ed al risultato di una espropriazione, come vedremo a suo luogo.

4. Ma, per l'opposto, è egualmente fuori controversia, che l'ipotecante non può, in forza del suo diritto di proprietà e di disposizione, alterare o distruggere la consistenza economica dell'immobile ipotecato, come, per esempio, demolire l'edificio, abbattere la foresta (cosa diversa dal taglio degli alberi, considerato quale naturale prodotto del fondo, come vedremo in appresso), sui quali grava l'ipoteca; perocchè in cotali atti di disposizione vi è la violazione del diritto quesito del terzo, cioè del creditore ipotecario, il cui diritto perciò limita il diritto di proprietà dell'ipotecante. Epperò, minacciati o intrapresi la demolizione dell'edificio e l'abbattimento della foresta, il creditore ipotecario potrà invocare ed ottenere dall'autorità giudiziaria provvedimenti, che impediscano o arrestino l'opera dell'ipotecante. È vero che la legge in questi casi accorda al creditore i rimedi, di cui negli articoli 1176 e 1980; ma come abbiamo già precedentemente avvertito, e giova insistere su questo punto per le ulteriori sue applicazioni, la risoluzione del contratto ed il supplemento d'ipoteca sono dei rimedi *sussidiari* e *facoltativi*, accordati dalla legge al creditore ipotecario; il quale, di regola, conserva il diritto di vedere esattamente adempiuta la obbligazione del debitore, sino a quando un cotale adempimento è possibile (art. 1218 e seg.). Or nulla vieta appunto che, mercè il sequestro dell'immobile ipotecato, il creditore ottenga di vedere conservata la sua garentia nell'integrità della propria costituzione, per poi profittarne, a tempo debito, come di diritto e di ragione.

5. Certo, che avvenuti la demolizione e l'abbattimento, o per mancanza di opposizione, o pel ritardo dei provvedimenti conservativi, il creditore sarà costretto ad avvalersi dei rimedi indicati dagli articoli 1176 e 1980; ma ciò proviene da una ineluttabile necessità di cose, che la legge è impotente a prevenire e reprimere direttamente.

Diciamo che, demolito l'edificio, o abbattuta la foresta, il creditore ipotecario debba limitarsi a chiedere l'immediato rimborso del credito, o un supplemento d'ipoteca, per escludere anche ch'egli possa far valere la sua ipoteca sui materiali della fabbrica e sugli alberi atterrati, per pagarsi sul prezzo di essi con prelazione sui creditori chirografari e creditori ipotecari posteriormente iscritti, come si sostiene da alcuni scrittori. Ritorneremo su questo punto, allorquando verrà in discussione la estinzione dell'ipoteca per la causa indicata dal n. 2 dell'art. 2029.

6. Se l'ipotecante non può egli stesso distruggere l'edifizio ed abbattere la foresta, nemmeno può vendere l'uno per essere demolito, nè l'altra per essere abbattuta; nel senso che il creditore ipotecario potrà egualmente sequestrare l'immobile nelle mani del debitore o dell'acquirente, onde non subisca cambiamenti che compromettano la sua garentia. Invano l'acquirente metterà in campo la sua buona fede, e negherà la sua qualità di possessore dell'immobile ipotecato, protestandosi acquirente di cose mobili, cioè dei materiali della costruzione e delle piante della foresta, che egli ha inteso comprare e il proprietario ha inteso vendere, per respingere così l'attacco del creditore ipotecario (art. 707 comb. con gli articoli 1967, 2013 e seg. e 2029). Perocchè questi viene appunto ad impugnare la validità di cosifatta vendita come pregiudizievole al suo diritto; di fronte a lui sussistendo sempre ancora l'immobile ipotecato, e perseguitandolo nelle mani di qualunque detentore onde esercitarvi i diritti, non solo di espropriazione, ma anche di conservazione, che gli competono. La qualità di *mobiliare* che si vuol dare alla vendita avrà un'efficacia nei rapporti fra venditore e compratore, che possono considerar le cose proprie nella maniera che loro più convenga; ma rispetto al creditore ipotecario quella vendita è *res inter alios acta;* e sino quando i materiali componenti la fabbrica, e le piante attaccate al suolo, non sono stati materialmente mobilizzati, egli li colpirà sempre nel loro vero e reale stato d'immobilizzazione, o meglio di beni immobili per natura e per accessione, col suo diritto d'ipoteca, operativo *erga omnes.*

7. Naturalmente, demolito l'edificio, ed abbattuti gli alberi, il creditore ipotecario non può esercitare alcuna azione reale contro l'acquirente dei materiali e delle piante, perchè, in buona o in mala fede che questi sia, a lui manca l'*azione di rivendicazione*, spettante al solo *proprietario* della cosa da rivendicare; e gli manca l'*azione ipotecaria*, la quale non colpisce che i *soli beni immobili*, che devono presentare una tal qualità, così nel momento in cui vi s'imprime e vi si costituisce il vincolo ipotecario, come in quello in cui l'ipoteca vi spiega la sua efficacia, colla procedura della espropriazione e della purgazione.

Avrà però il creditore ipotecario azione personale contro l'acquirente, pel prezzo ancora dovuto al debitore? o pel rifacimento del danno, nascente dal delitto o quasi-delitto civile, se l'acquirente dei materiali dell'edificio e delle piante della selva è in mala fede, ed ha pagato il prezzo al debitore ipotecario? Rimandiamo l'esame della questione al luogo più innanzi indicato.

I medesimi principii sono applicabili ai mobili immobilizzati per destinazione, e facenti così parte integrale del fondo ipotecato. Il debitore, volendoli nuovamente mobilizzare col separarli dal fondo soggetto all'ipoteca, diminuisce la garentìa del creditore, contro l'impegno assunto o impostogli dalla legge; ond'è che il creditore, sino a quando ed in quanto lo può, deve poter far rispettare il suo diritto, chiedendo provvedimenti per la conservazione dello stato attuale delle cose. Ma la separazione è avvenuta; *quid juris?* Ove non entri di mezzo il diritto del terzo, il creditore ipotecario deve poter far rimettere le cose *in pristinum*, in applicazione dei principii generali che regolano gli effetti delle obbligazioni (art. 1218 e seg.). Se il creditore ipotecario non aveva alcuna azione speciale sui materiali dell'edificio demolito, e sulle piante abbattute della foresta, quantunque tuttora nel dominio e nel possesso del debitore, era perchè le piante non potevano più riprendere la qualità d'immobili, e nemmeno i materiali, che sono cosa affatto diversa dalla costruzione; mentre d'altra parte sui mobili direttamente non è possibile l'esercizio dell'azione ipotecaria. Ma se gl'immobili per destinazione, oltre che mobilizzati in fatto, sono stati venduti al terzo, il

creditore ipotecario non ha più contro costui alcuna azione per ricuperarli, perchè, mercè la vendita, le cose prendono in tutto e per tutto la qualità e la natura di mobili, non perseguibili contro il terzo *anche di mala fede;* il creditore ipotecario non avendo l'azione di rivendicazione, per non essere proprietario; e non l'azione ipotecaria, la quale tende esclusivamente all'espropriazione o al rilascio degl'immobili. Soltanto, ove il terzo è in mala fede e concorrono gli estremi del delitto civile, il creditore ipotecario avrà contro di lui l'azione del rifacimento dei danni. Insomma, rispetto al terzo acquirente degl'immobili per destinazione, mobilizzati dal debitore ipotecario, valgono i principii esposti rispetto al terzo acquirente dei materiali dell'edificio demolito e delle piante della selva abbattuta; e rimandiamo alla sede, per questi indicata, le questioni relative al prezzo delle cose separate dall'immobile ipotecato.

LEZIONE DECIMANONA

SOMMARIO: Continuazione degli effetti della ipoteca nel rapporto fra creditore ipotecario e debitore, proprietario dell'immobile ipotecato. — Inefficacia, rispetto al creditore, della costituzione di un *diritto di uso* e di *abitazione,* o di una *servitù prediale, consentita* dal debitore sull'immobile, già ipotecato nella piena e libera proprietà. — Validità delle servitù prediali *imposte per legge.* — Questione riguardo alla costituzione di un *diritto di usufrutto,* di *enfiteusi,* e di *superficie.*

1. In principio, come l'ipotecante non può fare atti di disposizione materiale sull'immobile ipotecato, i quali pregiudichino il diritto d'ipoteca del creditore; così non può fare atti di disposizione giuridica, compromettenti in egual misura il suddetto diritto d'ipoteca. Di cotesti atti di disposizione (che diciamo *giuridica,* in opposizione a quelli di natura *materiale,* mercè cui l'immobile ipotecato

riceve un mutamento ed un'alterazione di fatto ed appariscente), ve ne sono alcuni la cui nullità, rispetto al creditore ipotecario, non può dar luogo a serie controversie. L'ipotecante dell'immobile, ipotecato nella sua piena e libera proprietà, vuole, dopo la costituzione ipotecaria e l'analoga regolare iscrizione, costituire su di esso una servitù personale di uso, o di abitazione, o una servitù reale. Indubbiamente il creditore ha diritto di non tenerne alcun conto, nel senso che, non soddisfatto alla scadenza dal debitore, procederà alla espropriazione dell'immobile *libero e franco di quelle servitù*, onde così ricavarne quel maggior prezzo, sul quale egli aveva fondato le sue legittime speranze, stipulando ed iscrivendo la sua ipoteca. E di fatti, non si potrebbe in alcun modo rispettare quelle servitù, senza pregiudicare l'interesse del creditore, senza cioè diminuire il valore della sua garentia. Perocchè, da una parte, il creditore, pur volendo, non potrebbe espropriare separatamente l'immobile e la servitù che vi gravita, onde così reintegrare, con i due prezzi dei due diritti reali immobiliari espropriati, il prezzo della originaria piena e libera proprietà dell'immobile; in quanto la servitù personale di uso e di abitazione non è cedibile e quindi non espropriabile (art. 528), e la servitù prediale non è espropriabile senza la congiunta espropriazione del fondo dominante (art. ed arg. art. 531), sul quale il creditore ipotecario in questione non può vantare pretese di sorta. E dall'altra parte, lo stesso titolare della servitù non potrebbe, nemmeno egli stesso, prendere l'iniziativa della purgazione del suo diritto reale immobiliare acquistato dal debitore ipotecario, per così dare agio al creditore di ricevere tutto quello ch'egli poteva sperare dal valore dell'immobile, cioè il prezzo della servitù e quello dell'immobile attualmente smembrato e gravato di essa; i due prezzi, che ricostituirebbero il prezzo della piena e libera proprietà dell'immobile. Perocchè la purgazione suppone ed ammette il diritto di maggiore offerta nel creditore ipotecario; diritto che si risolve a provocare la espropriazione forzata con la vendita all'incanto (art. 2045 e 2048), mentre abbiamo veduto che la servitù personale di uso e di abitazione e la servitù prediale non sono di per sè stesse espropriabili.

Nè si dica che il titolare della servitù, volendo veder rispettato il suo acquisto, possa offrire al creditore il prezzo di essa che verrebbe fissato dai periti, come ha sostenuto qualche scrittore; perchè, a prescindere dalle altre considerazioni, che presenteremo a proposito dell'analoga questione relativa all'usufrutto, il creditore ipotecario, in forza dello stesso diritto d'ipoteca, ha diritto, non solo al *valore di stima* dell'immobile ipotecato, ma anche a quel *maggior valore di esso che può ricavarsi dalla gara degli offerenti nella vendita all'incanto;* ragione per cui egli può sempre provocare questo incanto, anche quando il terzo gli offra il prezzo giusto e peritale dell'immobile ipotecato. Or come privare il creditore di questo vantaggio ch'è un suo diritto? Non vi è dunque altro mezzo di risolvere il conflitto, se non quello di considerare tuttora l'immobile ipotecato libero delle costituite servitù, e come tale assoggettarlo all'espropriazione.

2. Ma per ciò stesso, il creditore ipotecario, non essendo pregiudicato dalla costituzione di dette servitù, non ha il diritto di domandarne dall'autorità giudiziaria la dichiarazione di nullità *hic et nunc*, e nemmeno può invocare la disposizione degli art. 1176 e 1980, prima che, alla scadenza della obbligazione, egli sia costretto ad esercitare l'azione ipotecaria; perocchè, oltre al nessuno suo attuale interesse, vi è l'interesse del debitore ipotecario e del titolare della servitù a veder presentemente rispettata la loro convenzione; potendo, fra l'altro, il debitore pagare a suo tempo il creditore, o potendo anche, prima della scadenza dell'obbligazione, estinguersi altrimenti l'ipoteca del creditore, consolidandosi così definitivamente la stipulata servitù.

3. Come poi già avvertimmo nella Lezione VIII, trattandosi di una servitù prediale coattiva, imposta cioè dalla legge, quale, per esempio, una servitù di passaggio, o di acquedotto, sull'immobile ipotecato; il creditore ipotecario deve rispettarla, al di sopra del suo particolare interesse essendovi quello generale dell'agricoltura e della maggior produzione della proprietà immo-

biliare, le quali in talune circostanze reclamano la limitazione del diritto di proprietà individuale. Però, in così fatti casi, la indennità, ch'è dovuta al proprietario dell'immobile ipotecato dal proprietario del fondo a cui favore è costituita per legge la servitù (articoli 594 e 603), resta vincolata, insieme al prezzo dell'immobile medesimo, menomato nel suo valore, al pagamento del creditore ipotecario, col grado utile della originaria iscrizione; quella indennità reintegrando sino ad un certo punto il valore dell'immobile soggetto a servitù, che il creditore deve subire (art. 1951).

4. La questione, secondo noi, si complica e diventa veramente grave, quando l'atto di disposizione dell'ipotecante si riferisca alla costituzione di un diritto di usufrutto sull'immobile, già da lui ipotecato nella piena e libera proprietà. Il creditore ipotecario deve rispettare cotesto diritto di usufrutto, in guisa che, alla scadenza dell'obbligazione, non soddisfatto dal debitore, egli sia costretto ad espropriare separatamente il diritto di usufrutto nelle mani dell'usufruttuario, e il diritto di nuda proprietà nelle mani del debitore ipotecante? E ancora: può l'acquirente il diritto di usufrutto, costituito sull'immobile precedentemente ipotecato, purgare il suo acquisto prima anche della scadenza della obbligazione, offrendone il prezzo al creditore, il quale poi a tempo debito riceverebbe la restante parte del prezzo dell'intero immobile, cioè il prezzo della nuda proprietà, mercè la espropriazione che ne farebbe nelle mani dell'ipotecante, o di un altro acquirente?

Riconosciamo che la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza è per l'affermativa. Di fatti, si osserva che, essendo il diritto di usufrutto trasmissibile, almeno nel suo esercizio (art. 492), e quindi esso stesso ipotecabile (art. 1967) e capace di espropriazione, niente impedisce che il creditore lo colpisca direttamente con l'azione ipotecaria, provocandone la vendita agli incanti; e niente egualmente impedisce che l'usufruttuario purghi il suo acquisto, potendo all'occorrenza il creditore avvalersi del diritto

di maggiore offerta, provocando così per altra via la subastazione, la quale è inerente al diritto d'ipoteca, e che invece non poteva aver luogo per il diritto di uso e di abitazione, e per la servitù prediale. Che il creditore ipotecario *possa* espropriare l'usufrutto separatamente dalla nuda proprietà dell'immobile, a lui ipotecato nella piena proprietà, lo ammettiamo; ed egualmente ch'egli *possa* accettare il procedimento della purgazione del solo diritto di usufrutto. Ma la questione è: se egli lo *debba*. Sì, risponde la dottrina, perchè solo a tal modo, mentre è salvo sostanzialmente il diritto d'ipoteca del creditore, è pur salvo il diritto di proprietà e di disposizione dell'ipotecante, e quindi il diritto del terzo, avente causa da costui. D'altronde, si aggiunge, la legge accorda il diritto di purgazione a qualunque *terzo possessore*, tanto se acquirente della piena proprietà, quanto se di un diritto frazionario di essa; e l'acquirente dell'usufrutto è appunto un terzo possessore come un altro (art. 2013 e seg., 2040 e seg.). Ma il diritto di purgazione presuppone la validità e l'efficacia del titolo di acquisto da parte del terzo possessore; epperò il creditore deve riconoscerlo, espropriando l'immobile ipotecato, o la parte di esso trasmessa, nelle mani del terzo, e non in quelle dell'originario ipotecante.

5. Noi non possiamo accettare così fatta teoria, in omaggio al principio regolatore degli effetti della ipoteca nei rapporti fra creditore ipotecario e debitore, proprietario dell'immobile ipotecato; principio stabilito nella precedente Lezione, d'altronde indiscutibile nella sua enunciazione scientifica, ed implicitamente riconosciuto, come or ora dimostreremo, anche da quelli coi quali dissentiamo nella speciale proposta questione.

Il principio è: che il diritto di disposizione dell'ipotecante sull'immobile ipotecato resta limitato pel fatto della costituzione ipotecaria, quando dal pieno ed assoluto esercizio di esso sia leso il diritto già quesito del creditore ipotecario. Ora, chi non vede che nello sdoppiamento dell'azione ipotecaria del creditore verso l'acquirente dell'usufrutto, e verso l'ipotecante rimasto proprietario della

nuda proprietà, vi è, o per lo meno vi può essere, la lesione del diritto e dell'interesse del creditore?

Non è già solo che questi ne soffra per il parziale e frazionato pagamento del credito, e per il disagio di una doppia procedura di espropriazione; lieve sacrifizio cui lo si può obbligare, in omaggio al diritto di proprietà dell'ipotecante e della più libera e spedita circolazione dei beni; ma sopra tutto per la diminuzione del valore venale dell'immobile frazionato, e smembrato nei due elementi della nuda proprietà e dell'usufrutto. Espropriando questi due diritti separatamente, non si conseguirà un prezzo dell'immobile eguale a quello che si otterrebbe con l'unica espropriazione di esso nella sua piena proprietà; e sul qual prezzo il creditore aveva calcolato, stipulando la sua ipoteca. Con qual diritto e giustizia il debitore verrebbe a diminuirgli il valore della promessa garentia? È tanto vero che nella costituzione di un usufrutto sull'immobile, precedentemente ipotecato nella piena proprietà, vi è una diminuzione della garentia del creditore, che gli stessi nostri avversari accordano a costui in tal caso l'esperimento dei rimedi, di cui negli articoli 1176 e 1980. Or che vuol dir ciò? Non altro, che l'ipotecante non ha diritto di fare quello che fa; ma il creditore, per impedirgli questo abuso, anzichè ricorrere a quelle vie indirette della reintegrazione del suo diritto, può avvalersi della via normale della esecuzione specifica della obbligazione, che nel caso nostro è possibile, non tenendo cioè conto dell'operato dell'ipotecante, e facendolo dichiarare irrito ed inefficace dall'autorità giudiziaria (art. ed arg. art. 1222). Nè l'acquirente dell'usufrutto ha motivi di protestare, perchè al momento del suo acquisto egli ha veduto sui pubblici registri qual era la posizione del creditore e del debitore rispetto all'immobile, di cui contrattava; nè poteva ragionevolmente pretendere che, in omaggio al suo posteriore interesse, il creditore ipotecario sacrificasse anche in parte il proprio, precedentemente stabilito. Ammesso, giova insistere, nell'ipotecante il *diritto* di costituire efficacemente e definitivamente una servitù di usufrutto sull'immobile ipotecato, non si potrebbe in alcun modo ravvisare in questo fatto una violazione del diritto del creditore, la quale accordasse a costui la

facoltà dell'articolo 1176, perchè, ripetiamo, *neminem laedit qui suo jure utitur.*

6. In quanto all'argomento, che l'usufruttuario sia un *terzo possessore* come un altro, compreso in cotesta denominazione usata dagli art. 2013 e seg., 2040 e seg., facciamo osservare un equivoco in cui cadono i nostri contradditori. Se il creditore ha un diritto d'ipoteca sopra un diritto di usufrutto, considerato come il bene immobile sottoposto al vincolo, a termine del n. 2 dell'art. 1967, si comprende che la persona, la quale acquista dall'usufruttuario l'esercizio del diritto di usufrutto, sia il terzo possessore di questo diritto di usufrutto, e rientra perfettamente nel pensiero e nella parola degli art. 2013 e seg., 2040 e seg. Ma nella nostra questione il caso è diverso, ed i succitati articoli non vi si riferiscono secondo la mente del legislatore.

7. Ecco la questione di principio. Ma *in fatto* è poi sempre vero che il rispetto del diritto di usufrutto, costituito sull'immobile precedentemente ipotecato, sia cagione di danno al creditore ipotecario? No; e per diversi possibili motivi, ed in varie possibili circostanze. Può anzitutto verificarsi che il valore dell'immobile ipotecato presenti tale eccedenza sull'ammontare del credito, che ove anche non basti a coprirlo il valore del solo diritto di usufrutto su quell'immobile costituito, sia però fuori dubbio poter il creditore conseguire l'utile intera sua collocazione sul restante valore della nuda proprietà. Inoltre, per circostanze speciali della qualità dei beni, della loro coltura, delle condizioni dello scambio e del commercio della proprietà immobiliare, talvolta la divisione della piena proprietà dell'immobile ipotecato, nei due elementi del nudo dominio e dell'usufrutto, può agevolarne la vendita agl'incanti, e conseguire un prezzo totale forse maggiore di quello, che, per la minor gara degli offerenti, si otterrebbe mercè la espropriazione della piena proprietà dell'immobile. Ora, in siffatti ed analoghi casi, ragione, diritto ed equità domandano il rispetto dell'atto di disposizione compiuto dall'ipotecante sulle cose sue, mentre a volerlo disconoscere

sarebbe il creditore egli stesso che commetterebbe un *abuso* del suo diritto d'ipoteca; abuso condannabile non meno dell'abuso del diritto di proprietà dell'ipotecante; l'uso e l'abuso di tutti i diritti dovendo sempre essere valutati con i criterii delle relazioni e degli ingranaggi, che si trovano stabiliti nella funzione della vita pratica giuridica e nel meccanismo della legge.

8. Pertanto, noi neghiamo al creditore ipotecario la facoltà di far dichiarare *hic et nunc* l'inefficacia di un atto di costituzione di usufrutto sull'immobile a lui ipotecato, dovendo egli aspettare che si produca, mercè questo fatto, la possibilità del suo danno; aspettare, cioè, che egli sia in condizione di espropriare l'immobile, o che il terzo inizi il procedimento della purgazione. Prima di tal tempo, egli è carente d'interesse a far pronunziare la nullità della costituzione di usufrutto, potendo, fra l'altro, il debitore, alla scadenza o più presto, soddisfarlo del suo avere; ed avendo un interesse a soddisfarlo, appunto per non rispondere di un'azione di evizione da parte dell'usufruttuario. Giunto poi il momento opportuno, deve *in fatto* l'autorità giudiziaria, con i criteri sopra accennati, decidere se il creditore abbia interesse a che l'immobile sia venduto agl'incanti nella piena proprietà, dichiarando allora la inefficacia, rispetto a lui, dell'usufrutto costituito su quell'immobile. Ragione per cui, prima di quell'epoca, noi neghiamo al creditore anche di avvalersi della facoltà degli articoli 1176 e 1980; mentre i nostri avversari gli concedono un tal diritto subito dopo la costituzione dell'usufrutto sull'immobile ipotecato; considerando, con piena incoerenza, una tale costituzione quale un'effettiva diminuzione di garentìa del creditore, per accordargli così una riparazione indiretta del danno sofferto (art. 1176 e 1980), e non tenendo conto di cotesto danno, e non ravvisando in quel fatto un danno, per non accordargliene la riparazione diretta, consistente nell'annullamento dell'atto giuridico che lo produce (art. ed arg. art. 1220 e 1222).

9. Tutta cotesta discussione, che noi abbiamo fatto riguardo all'usufrutto, si applica, in quanto la natura delle cose lo comporta,

alla concessione di un diritto di superficie, o di enfiteusi, che l'ipotecante consenta sull'immobile, precedentemente ipotecato nella piena e libera proprietà a favore del suo creditore.

Lezione Ventesima

Sommario: Continuazione degli effetti dell'ipoteca nel rapporto fra creditore ipotecario e debitore, proprietario dell'immobile ipotecato. — Questione riguardo alla efficacia, rispetto al creditore, dell'alienazione *parziale* o *divisa* degl'immobili ipotecati, consentita dall'ipotecante. — Degli *atti di godimento e di amministrazione*. — Del diritto dell'ipotecante alla percezione dei frutti dell'immobile ipotecato. — Della vendita dei *frutti pendenti*, e degli *alberi non ancora atterrati*.

1. L'alienazione *parziale* che il debitore faccia dell'immobile o degli immobili ipotecati, e l'alienazione totale di esso o di essi *a favore di diverse persone*, dovranno essere rispettate dal creditore ipotecario? La discordia nella dottrina e nella giurisprudenza sulla validità e gli effetti, rispetto al creditore, di cotesta alienazione parziale, o divisa, dell'immobile o degli immobili ipotecati, si riproduce presso a poco negli stessi termini, che per la questione della costituzione dell'usufrutto, esaminata nella precedente Lezione; così noi, alla nostra volta, vi applicheremo i medesimi criterii di discussione in quel rincontro dichiarati.

Cominciamo con eliminare due argomenti, che si vorrebbero contrapporre al diritto dell'ipotecante di compiere efficacemente quelle alienazioni rispetto a tutti, compreso il creditore ipotecario: cioè, il danno di costui nel dover intentare diversi giudizi di espropriazione contro i diversi acquirenti dello immobile o degli immobili ipotecati; o per lo meno, uno contro il terzo, e l'altro contro l'ipotecante, possessori ciascuno di una parte dell'immobile o degl'immobili ipotecati; ed il danno di dover ricevere da ciascun terzo, il quale voglia purgare

il suo acquisto, le parti divise del credito rispondenti al valore di ciascun acquisto; o per lo meno, una parte dal terzo, ed un'altra parte dall'ipotecante, contro il principio fondamentale della indivisibilità della ipoteca.

La prima specie di danno, secondo noi, non è di quell'indole che nella mente del legislatore può limitare il diritto di proprietà dell'ipotecante, perchè esso si riduce più ad un disagio materiale, anzichè ad un pregiudizio economico del creditore; mentre gli art. 1176 e 1980, che tutelano il diritto d'ipoteca del creditore contro il diritto di proprietà dell'ipotecante, suppongono appunto un danno economico ed effettivo, che verrebbe all'uno dall'uso ed abuso dell'altro. Essi parlano di *diminuzione di sicurtà*, di perimento e di deteriorazione dei beni ipotecati, d'onde si produce una *insufficienza della sicurezza* del creditore. Ed è forse diminuita, compromessa questa sicurezza ipotecaria del creditore, pel semplice fatto ch'egli debba perseguire gl'immobili nelle mani di diversi detentori, quando gl'immobili che forniscono la garentìa son sempre quelli, e le spese dei diversi giudizi di espropriazione non saranno certo da lui sopportate? Nè diversa è l'indole del danno del pagamento diviso, il quale d'altronde è una conseguenza della realità del diritto d'ipoteca rispetto al terzo, che paga un debito non suo.

2. E la pretesa indivisibilità dell'ipoteca qui non entra di mezzo, perchè il terzo, possessore dell'immobile ipotecato, ha direttamente dalla legge il diritto di purgare il suo acquisto, offrendo *tutto il valore* di questo acquisto, *ma non di più*. Portare in campo la indivisibilità della ipoteca rispetto al terzo, sarebbe come negare a costui la facoltà della purgazione, anche quando egli fosse l'unico acquirente di tutto l'unico immobile ipotecato, ed il valore di questo non equivalesse l'ammontare del credito; perchè anche in tal caso il creditore riceverebbe dal terzo una parte sola del credito, e l'altra dovrebbe ripeterla dal debitore ipotecante. Il principio della indivisibilità contro il terzo può essere opposto dal creditore, quando questi, invitandolo *a pagare o rilasciare*, secondo gli art. 2013 e 2014, si vedesse, *sic et simpliciter*, offerto un pagamento che non raggiun-

gesse la cifra del credito iscritto e degli accessorii d'interessi e spese, benchè quel pagamento corrispondesse al valore dell'immobile ipotecato. In tal rincontro il creditore ha diritto di rifiutare l'insufficiente pagamento, perchè l'ipoteca è stata costituita per la garentia di *tutto il credito*, ond'egli può espropriare l'immobile (art. 2014 e 2076). Ma se il terzo possessore, come dichiara l'art. 2013 in principio, *adempie alle formalità stabilite nella sezione X di questo capo per rendere libera la sua proprietà*, le formalità cioè della purgazione (art. 2040 e seg.), egli avrà regolato i suoi rapporti col creditore, quando avrà offerto e pagato il valore dello immobile ipotecato, benchè inferiore all'ammontare del credito (art. 2043 e 2046); salvo il diritto del creditore a provocare la espropriazione, adempiendo alla sua volta le formalità e le condizioni di legge (art. 2045); espropriazione poi che può anche non conseguire un prezzo di vendita dell'immobile equivalente all'ammontare del credito. Finalmente, ammesso che l'ipotecante non avesse alienato i beni ipotecati, il creditore, non soddisfatto volontariamente dal debitore, avrebbe dovuto espropriare contro costui. O che forse per ciò ricaverebbe dalla vendita di ciascun immobile un prezzo maggiore, e sufficiente a coprire integralmente il suo credito? È vero che contro il debitore il creditore potrebbe promuovere la espropriazione contemporanea di tutti gli immobili ipotecati, e conseguire così il pagamento indiviso di tutto il suo credito; ma niente gl'impedisce di promuovere allo stesso scopo la espropriazione contro il terzo, per la parte degli immobili ipotecati da costui acquistata, e contro il debitore, per l'altra parte dei beni rimasta nelle sue mani. Ed ove ciò non potesse fare, per non essere giunta la scadenza della obbligazione, mentre il terzo può purgare anche prima, egli, o trova in questo *anticipato* parziale pagamento un compenso del pagamento *diviso*, o il danno della divisione del pagamento lo deve subire come una conseguenza di più generali principii di diritto; in conformità dei quali il creditore è esposto alla divisione del suo diritto di credito eziandio contro gli *eredi* del debitore, che pure sono i rappresentanti, non di rapporti singoli, ma di tutta la personalità giuridica di costui (art. 1027).

3. Non ostante tutto questo, se l'alienazione parziale, o divisa, dell'immobile o degl'immobili ipotecati implichi un deprezzamento del valore di essi, il creditore potrà esercitare la sua azione ipotecaria, così come l'avrebbe esercitata indipendentemente da questa alienazione; espropriando cioè l'immobile o gl'immobili con unica subastazione; perchè cotesto atto di disposizione del debitore lede il suo legittimo interesse, ch'egli farà rispettare, disconoscendo il fatto di colui, che aveva l'obbligo di mantenere integre le garantie concesse al creditore. Ma questo deprezzamento del valore della garentia ipotecaria, proveniente dalla parziale o divisa alienazione dei beni ipotecati, deve anzi tutto essere riconosciuto sussistente *in fatto*, perchè esso può anche non verificarsi; se pure talvolta la divisione dell'immobile o degl'immobili ipotecati, in altrettanti lotti di singole espropriazioni ed aggiudicazioni, non aumenti il valore complessivo di essi, per il maggior numero dei concorrenti all'incanto, quando la natura e la qualità dei beni espropriati comporti, senza danno della loro conservazione e produzione, una lor frazionata trasmissione a più acquirenti. E di più, sino a quando il creditore non ha interesse a far constare il danno dell'alienazione parziale o divisa, nè può anticipatamente farne dichiarare l'inefficacia, nè invocare le disposizioni degli art. 1176 e 1980; appunto perchè il fatto puro e semplice di un'alienazione parziale o divisa dei beni ipotecati (diversamente che la demolizione dell'edificio, l'abbattimento della selva, e la costituzione di un diritto di uso, di abitazione, o di servitù prediale) non diminuisce la garentia ipotecaria del creditore, e non offende il diritto di ipoteca di costui, che deve per ciò stesso lasciare svolgere il diritto di proprietà del debitore, limitato solo dal rispetto a quel diritto di ipoteca.

4. Fin qui ci siamo occupati degli atti propriamente detti di *disposizione*, compiuti sull'immobile ipotecato dal suo proprietario. E questo proprietario lo abbiam supposto lo stesso debitore della obbligazione garentita. Ma poichè il diritto d'ipoteca del creditore, in quanto tende a conservar sull'immobile la garentia rispetto ai terzi è un diritto reale, così sono applicabili i criterii ed i principii innanzi

dichiarati anche quando gli atti di disposizione siano compiuti dal terzo datore d'ipoteca, o dallo stesso terzo acquirente dell'immobile ipotecato; sin dove naturalmente la loro condizione di estranei alla obbligazione non escluda l'applicazione di quei principii e di quei criterii.

5. Ed ora esamineremo, dallo stesso punto di vista dei rapporti fra creditore ipotecario e il proprietario dell'immobile ipotecato, gli *atti* così detti *di godimento e di amministrazione*.

L'ipotecante, in forza del suo diritto di proprietà, fa suoi i frutti dell'immobile ipotecato (art. 444). I frutti sono destinati ad essere raccolti periodicamente; onde, mentre l'ipoteca non può estendersi su di essi, che diventano *cose mobili* con la raccolta e la separazione (art. 411), il loro valore non dev'essere nemmeno man mano portato in aumento della speciale garentìa del creditore ipotecario; andando invece a confondersi nel patrimonio complessivo del debitore, che costituisce la comune generica garentìa di tutti i suoi creditori (art. 1949). Ma dal momento in cui la ipoteca è chiamata ad esplicare la sua efficacia, e propriamente dalla trascrizione del precetto immobiliare (art. 2085), i frutti dei beni ipotecati sono destinati, assieme col valore di questi, a formar parte della speciale garentìa dei creditori ipotecarii; onde da quel momento i frutti, che per essere ancora attaccati al suolo sono già *immobili* (art. 411), sono *immobilizzati* pel futuro anche dopo che saranno raccolti e separati dal suolo; nel senso che il creditore ipotecario, oltre che unitamente all'immobile cui ineriscono, li può far vendere prima, separatamente, ed esercitare sul prezzo depositato di essi, unitamente al prezzo dell'immobile, la propria prelazione (art. 2085 Cod. civ., 688 Cod. proc. civ.).

6. Questo è importante notare, per decidere della validità della *vendita dei frutti pendenti* dell'immobile ipotecato, fatta dall'ipotecante. La vendita è valida, se consumata con la raccolta e la separazione prima della trascrizione del precetto; ed anche sul prezzo tuttora dovuto dal compratore il creditore ipotecario non può pre-

tendere una collocazione di preferenza, ove quel prezzo sia sequestrato ad istanza sua o di altro creditore chirografario; perchè questo prezzo rappresenta quei frutti che avrebbe legittimamente raccolto lo stesso proprietario, facendone entrare il valore nella massa dei suoi beni, costituente la comune garentia di tutti i suoi creditori. Ma se la trascrizione del precetto immobiliare avvenga mentre i frutti venduti al terzo sono tuttora pendenti, la ipoteca li colpisce insieme all'immobile, del quale fanno parte essi stessi come immobili; inutilmente il terzo volendo invocare a suo favore la qualità *mobiliare* della vendita dei frutti pendenti, per le stesse ragioni per le quali vedemmo non attendibile questa pretesa nel caso della vendita dell'edificio e della foresta, per essere l'uno demolito, l'altra abbattuta.

7. Gli alberi costituiscono essi stessi un frutto naturale della terra, quando sono destinati al taglio per la loro qualità e per la coltura del fondo in cui crescono, e nella quantità del taglio stabilita dalla consuetudine; tanto vero che essi entrano nel godimento del diritto di usufrutto (art. 485 a 487). Perciò il proprietario dell'immobile ipotecato li fa suoi con l'atterramento, e li può vendere come i frutti della terra e delle piante. Quando perciò noi negavamo al proprietario dell'immobile ipotecato il diritto di abbattere la foresta, nella quale l'immobile prendeva forma, intendevamo parlare dell'atterramento degli alberi che erano destinati a coprire permanentemente il terreno; o per lo meno di quell'atterramento, che non fosse eseguito nella maniera e nella quantità dei tagli stabilite dalla pratica dei proprietarii e dalle locali consuetudini (arg. art. 486 e 487). È notevole sul proposito la disposizione dell'art. 45 della legge ipotecaria belga. A tenore di essa « il creditore ipotecario dovrà rispettare la vendita dei tagli ordinarii delle selve e dei boschi cedui (*futaie* e *taillis*) fatta di buona fede, secondo l'uso dei luoghi, salvo ad esercitare il suo diritto sul prezzo non pagato ». Se il creditore deve rispettare questa vendita, vuol dire che l'ipotecante agisce *cum jure*. Ed allora perchè il creditore avrà un diritto di preferenza sul prezzo non ancora pagato di quegli alberi, sui quali, in seguito al loro atterramento che ne porta la mobilizza-

zione, la sua ipoteca si è estinta? La surrogazione del prezzo alla cosa in tal rincontro è contraria ai principii della materia, come riconoscono gli stessi interpreti della legge ipotecaria belga. Quindi, non vi essendo nel nostro diritto una disposizione simile di favore pel creditore ipotecario, questi non potrebbe pretendere di essere collocato, col grado della sua ipoteca, sul prezzo ancora dovuto dal compratore degli alberi, che l'ipotecante aveva il diritto di tagliare egli stesso, e perciò di vendere. Ma se la trascrizione del precetto da parte del creditore ipotecario avvenga quando gli alberi venduti sono ancora in piedi, allora la ipoteca li colpisce insieme al fondo, come vedemmo pel caso della vendita dei frutti pendenti; epperò il creditore ipotecario non è tenuto a rispettare la vendita, o, volendola rispettare, avrà diritto di preferenza sul prezzo dovuto dal compratore; prezzo che si considera ritratto dalla vendita degli alberi, come se questa avesse avuto luogo ad istanza del creditore ipotecario stesso.

8. Nondimeno, se la trascrizione del precetto arrivi in tempo a trovare gli alberi in piedi, sol perchè il compratore ne ha ritardato il taglio per suo arbitrio o per forza maggiore, noi crediamo che nè l'ipoteca li colpisca, nè la prelazione ipotecaria abbia luogo sul prezzo. Difatti, se nel caso della vendita dei frutti pendenti la trascrizione del precetto annullerà la vendita, quando al suo tempo i frutti non sono ancora stati raccolti e separati dal suolo, è perchè la ipoteca colpisce, dal momento della trascrizione del precetto, i frutti insieme all'immobile quali si troverebbero nelle mani del proprietario, il quale certamente non avrebbe potuto raccogliere i frutti prima della loro maturità; e se egli poteva efficacemente venderli prima allo stato di frutti *pendenti*, era sempre in vista del suo diritto, che si sarebbe verificato poscia, a raccoglierli maturi e farli suoi. Lo che non essendosi verificato, per essere sopraggiunta la trascrizione del precetto da parte del creditore ipotecario prima della raccolta dei frutti, a quella vendita è venuta meno la base, cioè la potestà del venditore a compierla; *incidit in casu, a quo incipere non potest.* Non è così nel caso della vendita degli alberi, che l'ipotecante ha

diritto di tagliare egli stesso e di farne entrare il valore nella massa dei suoi beni. Fatta questa vendita *a tempo*, è come se già in quello stesso momento il proprietario li avesse abbattuti, perchè gli alberi, appunto perchè li supponiamo venduti a tempo, non devono aspettare altra maturità per essere tagliati. Il prezzo della vendita dunque virtualmente è entrato nel suo patrimonio; e di questo vantaggio non devono essere privati i suoi creditori chirografarii, per la circostanza accidentale, che il compratore degli alberi ne ha ritardato tanto il taglio, da far sopraggiungere la trascrizione del precetto da parte del creditore ipotecario.

Lezione Ventesimaprima

Sommario: Continuazione degli effetti dell'ipoteca nel rapporto fra creditore ipotecario e debitore, proprietario dell'immobile ipotecato. — Questione riguardo alle *locazioni* dell'immobile ipotecato. — Inefficacia, rispetto al creditore ipotecario, della *cessione di pigioni e di fitti non ancora scaduti, e dell'anticipazione delle pigioni e dei fitti medesimi*. — Inefficacia, rispetto al creditore ipotecario, del contratto di *anticresi* dell'immobile ipotecato.

1. Quale la sorte delle *locazioni* dell'immobile ipotecato, consentite dall'ipotecante, di fronte al creditore ipotecario? È questa una delle più controverse questioni della subbietta materia nel diritto francese, e tale permane nel diritto italiano; mentre il nostro Codice avrebbe potuto risolverla in un modo qualunque, sull'esempio della legge ipotecaria belga, la quale nell'art. 45 dispone: « le locazioni fatte di buona fede dopo la costituzione dell'ipoteca saranno rispettate; tuttavia se sono fatte per un termine che eccede i nove anni, la durata ne sarà ridotta conformemente all'art. 1429 (Cod. civ. francese) ».

La dottrina italiana, pure in mancanza di una disposizione simile, in generale propende per questa soluzione, e la sua [illegible] prevalente

anche nella dottrina francese; salvo la differenza della durata della locazione, che per questa legislazione è considerata atto di ordinaria amministrazione sino al termine di *diciotto* anni, nel qual caso non è soggetta a trascrizione; mentre pel nostro Codice, e per la legge ipotecaria belga, la locazione è considerata atto di ordinaria amministrazione soltanto se di durata non eccedente i *nove* anni, dopo del qual termine è soggetta anche a trascrizione (art. ed arg. art. 296, 1314, n. 4 e 1932, n. 5).

Occorre innanzi tutto bene stabilire la questione. Sino a quando l'azione ipotecaria del creditore non è messa in movimento, il debitore, proprietario dell'immobile ipotecato, può darlo in locazione per tutto il tempo che egli crede opportuno, senza che, nè il creditore ipotecario, nè il conduttore, possano affacciar pretese di rescissione del contratto; l'uno non avendo interesse a cotesta rescissione prima di quel tempo, e l'altro avendo invece interesse ad evitarla anche dopo, presumendosi che ciascuno voglia integralmente mantenere le stipulazioni liberamente contrattate. La questione della validità o invalidità perciò si produce praticamente solo in riguardo alle locazioni dell'immobile ipotecato, che siano in corso al tempo dell'esercizio dell'azione ipotecaria, e propriamente al tempo della trascrizione del precetto immobiliare fatta dal creditore. Questi, in tal caso, deve rispettare le locazioni in corso, in guisa che l'immobile sarà messo agl'incanti con quel vincolo obbligatorio; o potrà farle dichiarare rescisse per l'avvenire, onde l'immobile sia aggiudicato in piena libertà al deliberatario?

2. Dicevamo che la dottrina italiana e francese vorrebbero rispettate le locazioni, che pel breve termine della loro durata (nove anni in diritto patrio, diciotto per la legge francese sulla *Trascrizione* del 23 marzo 1855) si considerassero atti di ordinaria amministrazione; mentre per le altre di maggior durata il creditore, volendo, potrebbe dimandarne la riduzione a quel più breve termine. In omaggio ai principii noi non possiamo accettare una teoria, la quale vorrebbe decidere della validità o inefficacia degli atti, compiuti dall'ipotecante riguardo all'immobile ipotecato prima dell'eser-

cizio dell'azione ipotecaria del creditore, dalla loro natura di atti di ordinaria o straordinaria amministrazione. Perchè noi abbiamo visto che vi sono persino atti di vera disposizione permessi all'ipotecante, fra i quali l'alienazione dell'immobile ipotecato; mentre, atti di semplice amministrazione gli sono vietati; e fra questi, per esempio, il cambiamento di coltura che l'ipotecante volesse introdurre nel fondo, con savii criterii di trasformazione della proprietà, imposta dai tempi e dalle crisi economiche, ma che pel momento diminuirebbe il valore reale dell'immobile, costituente la garentia del creditore ipotecario, e sulla quale questi aveva calcolato. Il criterio dunque, anche per le locazioni, non può essere altro, se non il pregiudizio che possa derivarne al diritto d'ipoteca del creditore. Quando l'immobile è messo all'asta col vincolo di una locazione in corso, gli offerenti possono presentarsi in più scarso numero ed essere meno corrivi nella gara, chi acquista un fondo ordinariamente volendo usarne subito a suo piacimento. Ma alle volte invece una locazione in corso, fatta in buone condizioni, assicurando già per un certo tempo un vantaggioso impiego del capitale, può facilitare la vendita agl'incanti dell'immobile locato. Ora, se nel primo caso il creditore ipotecario ha diritto di non essere pregiudicato dal fatto del suo debitore, e quindi ha diritto di espropriare l'immobile, così come l'aveva trovato nelle mani dell'ipotecante al momento della sua iscrizione, libero cioè del vincolo della locazione; nell'altro caso, invece, deve rispettare cotesto fatto del debitore, sol perchè il suo interesse non è compromesso. Ordinariamente poi avverrà che la locazione non eccedente il novennio intralcerà meno la subastazione dell'immobile, che non la locazione di maggior durata, appunto perchè il nuovo proprietario sarà legato per più lungo tempo nei criterii e nei modi di amministrazione dei suoi beni. Se non che questa differenza nella durata della locazione sarà, tutto al più, *uno degli elementi di fatto* del pregiudizio o nessun pregiudizio, che ne risentirebbe il creditore ipotecario nell'espropriare l'immobile locato: ma non può essere elevata a *criterio di diritto* per stabilire sulla sua base l'esistenza o non esistenza del pregiudizio, e quindi il proscioglimento o il mantenimento della locazione, per quanto concerne l'interesse del creditore ipotecario espropriante.

In conclusione, per le locazioni dell'immobile ipotecato noi adottiamo i medesimi principii di diritto, che per la costituzione su di esso di un diritto di usufrutto.

3. Facciamo poi osservare, che, pur adottandosi il criterio della validità o meno della locazione, sulla misura della sua durata, la locazione ultranovennale non sarebbe opponibile al creditore ipotecario, neanche se trascritta in conformità del n. 5 dell'art. 1932, come erroneamente sostengono non pochi autori specialmente francesi, in applicazione della legge del 23 marzo 1855 sulla *Trascrizione*. La trascrizione di un atto, che la legge sottopone alla pubblicità, è necessaria per dargli efficacia soltanto rispetto a quelle persone, le quali acquistano e conservano un diritto sull'immobile in questione posteriormente alla trascrizione di quell'atto stesso. Così: la trascrizione della locazione ultranovennale è necessaria per farla rispettare da quegli che, *dopo* di essa, acquista l'immobile locato, o almeno *dopo* di essa trascrive il suo titolo di acquisto; avvenga l'alienazione per vendita o per donazione, in piena proprietà, o in enfiteusi, in superficie, in usufrutto. La trascrizione della locazione servirà anche a farla rispettare da un creditore ipotecario, il quale iscrive la sua ipoteca sull'immobile *dopo* quella trascrizione. Ma rispetto al creditore ipotecario già regolarmente iscritto *prima* del contratto di locazione, o *prima* della trascrizione di quest'atto, come noi qui abbiamo supposto, la successiva trascrizione del medesimo nulla può immutare. Il creditore ipotecario in questo caso si trova, rispetto al conduttore, nella medesima posizione di un acquirente dell'immobile, il quale abbia trascritto il suo titolo di acquisto *prima* della trascrizione dell'atto di locazione. Questo è lo spirito di tutto il sistema della pubblicità, di cui la iscrizione e la trascrizione sono due forme parallele; e non meno dello spirito è chiara la parola della legge (Confr. gli art. 1597, 1932 e 1942 Cod. civ. e 687 Proc. civ.).

4. Inoltre, la stessa locazione novennale non sarebbe rispettata dal creditore se fatta in frode; frode che, o risultasse per la presunzione del secondo comma dell'art. 687 Proc. civ., o altrimenti. Se per la

suddetta disposizione è autorizzato ad impugnare la locazione il deliberatario, che dopo tutto non può averne danno positivo, in quanto egli compra a ragion veduta; a *fortiori* dovrà poter impugnare la locazione fatta in frode il creditore, il quale è quegli che subisce il danno della frode, per il minor prezzo di aggiudicazione che offrirà l'immobile locato in cattive condizioni.

Indipendentemente poi da ogni pregiudizio, il creditore ipotecario può far annullare qualsiasi locazione consentita dal debitore dopo la trascrizione del precetto, di cui nell'art. 2085. Anzi questo diritto spetta pure al creditore chirografario, perchè dal momento di detta trascrizione il precettato è messo nella condizione di un sequestratario giudiziale, il quale per lo stesso disposto dell'art. 2085 non può affittare i beni senza l'autorizzazione del tribunale, e sentiti i *creditori* in genere.

5. Più semplice a noi si presenta la questione della *cessione di pigioni e di fitti non ancora scaduti* dell'immobile ipotecato, consentita dall'ipotecante prima della trascrizione del precetto immobiliare. Cotesta cessione, se dovesse rispettarsi dal creditore ipotecario per i fitti e le pigioni scadibili posteriormente alla trascrizione del precetto, qualunque ne fosse il numero, costituirebbe di per sè stessa una diminuzione della garentia ipotecaria; in quanto l'immobile si venderebbe all'asta pel suo prezzo, diminuito del reddito di due, tre o più anni; ed in quanto il creditore perderebbe la sua garentia ipotecaria sul valore dei fitti e pigioni, maturati dopo la trascrizione del precetto sino alla vendita; fitti e pigioni che rappresentano i frutti dell'immobile ipotecato, e sui quali, insieme a questo, dalla trascrizione del precetto in poi, il creditore estende la sua ipoteca e la sua prelazione nella distribuzione del prezzo (art. 2085). Ora il debitore non può col fatto suo restringere il diritto del creditore, che perciò farà subastare l'immobile locato, così come se non avesse avuto luogo la cessione dei fitti e pigioni maturati dopo la trascrizione del precetto; fitti e pigioni, che, da questo momento sino alla vendita, saranno esatti dal sequestratario giudiziale dell'immobile oggetto della espropriazione, e sul prezzo dei quali il creditore ipotecario

sarà collocato con lo stesso grado, che gli sarà assegnato sul prezzo dell'immobile (art. 2085).

6. La legge, come distingue le locazioni inferiori o superiori ai nove anni, così distingue le cessioni dei fitti e pigioni di meno o di più di tre anni, assoggettando le ultime alla formalità della trascrizione (art. 1932, n. 7); non perchè la maggiore o minor durata di un atto ne cambia la natura giuridica, ma solo perchè gli attribuisce una diversa importanza economica, la quale, dove si manifesta maggiore, suggerisce nell'interesse generale l'utile provvedimento della pubblicità. Ora, pure ammessa la teoria di mantener ferma di fronte al creditore ipotecario la locazione dell'immobile ipotecato non eccedente il novennio, e ridurre a questo termine la locazione ultranovennale trascritta; non si può invece mantener ferma di fronte al creditore ipotecario la cessione di fitti e pigioni neanche di meno di tre anni; ed *a fortiori* il cessionario non può pretendere che sia rispettata la cessione ultratriennale trascritta, nè che questa sia almeno ridotta al termine di tre anni; un atto soggetto a trascrizione, e trascritto, non potendo valere di più dello stesso atto non soggetto a trascrizione, e quindi non trascritto; come, per esempio, la vendita dell'immobile trascritta non vale di più del legato non trascritto, perchè non trascrittibile, dello immobile, in quanto si riferisce alla trasmissione della proprietà. L'analogia per la locazione e la cessione dei fitti e pigioni nel caso nostro non sussiste. Dopo tutto, il creditore ipotecario può non risentire alcun danno dal mantenimento della locazione, anche ultranovennale, dell'immobile ipotecato; perchè egli farà valere la sua prelazione sulle pigioni e fitti convenuti, che maturano dopo la trascrizione del precetto sino alla vendita, essendo indifferente pel conduttore di pagare al locatore o al creditore di costui; e perchè l'immobile può essere venduto in favorevoli condizioni, anche quando il deliberatario debba rispettare la locazione in corso, se pure questa, anzi, per speciali circostanze, non faciliti la gara agli incanti. Ma nel caso della cessione anticipata, fatta ad un terzo, dei fitti e pigioni dell'immobile ipotecato, il danno del creditore ipotecario è in *re ipsa;* epperò, anche trattandosi di

cessione di meno di tre anni, egli ha il diritto di evitare un danno, che il debitore gli cagionerebbe ingiustamente.

7. Fin qui abbiamo supposto un creditore ipotecario *iscritto anteriormente* alla cessione, notificata o accettata a termine dell'art. 1539, benchè questa cessione sia alla sua volta anteriore alla trascrizione del precetto, e prima di quest'epoca sia stata essa stessa trascritta, se ultratriennale. Che se invece la cessione *abbia avuto luogo prima* che il creditore ipotecario abbia iscritto la sua ipoteca, ma *sia stata trascritta* (se ultratriennale) *dopo* di questa iscrizione, essa sarà opponibile non più che *per tre anni* di fitti e di pigioni scadibili posteriormente alla trascrizione del precetto. Ed ove la cessione *abbia avuto luogo e sia stata anche trascritta* (se ultratriennale) *prima* della iscrizione del creditore ipotecario, essa sarà opponibile, salvo il caso della frode, *per tutto il numero* dei fitti e pigioni scadibili posteriormente alla trascrizione del precetto; in tal rincontro il creditore ipotecario non trovandosi in miglior posizione di un semplice creditore chirografario. Difatti, anche il creditore chirografario, dopo la trascrizione del precetto, ha diritto all'immobilizzazione dei frutti dell'immobile indicato nel precetto (art. 2085); ma quando questi frutti sono ancora nel patrimonio del debitore. Che se invece su questi frutti un terzo abbia acquistato e conservato legalmente un diritto, mercè la cessione, accompagnata o no da trascrizione secondo l'ampiezza di essa, anteriormente al diritto del creditore chirografario nascente dalla trascrizione del precetto, quel terzo deve essere rispettato nel suo acquisto. Ed il terzo trovasi nella identica posizione di fronte ad un creditore ipotecario, il quale abbia iscritto la ipoteca dopo che egli aveva acquistato e legalmente conservato il suo diritto sui frutti dell'immobile (art. 1539, 1932, n. 7 e 1942), per lui un creditore ipotecario, non iscritto a quell'epoca, equivalendo ad un creditore chirografario (art. 1942).

8. Valgano le identiche considerazioni e conclusioni rispetto alle *anticipazioni di fitti e pigioni* fatte dal conduttore al locatore, proprietario dell'immobile ipotecato; fra le cessioni e le anticipazioni

non vi essendo altra differenza, che il conduttore nell'un caso dovrà corrispondere i fitti e le pigioni ad un terzo, ch'è il cessionario, a misura che scadono; e nell'altro caso il conduttore paga anticipatamente allo stesso locatore i fitti e le pigioni, che scadranno in avvenire. Onde l'art. 1932, n. 7 sottopone con unica disposizione alla trascrizione le cessioni e le liberazioni (che sono le anticipazioni) di fitti e pigioni non ancora scaduti per un termine maggiore di tre anni. Se non che, mentre nella cessione il creditore ipotecario, facendola annullare per i fitti e pigioni scadibili dopo la trascrizione del precetto, ne riversa il danno sul cessionario; nell'anticipazione invece, dichiarata nulla per lo stesso periodo di tempo, il danno sarà del conduttore, il quale verrà costretto dal creditore ipotecario a pagare una seconda volta i fitti e le pigioni anticipati al locatore. Nè deve il conduttore lamentarsi di tal risultato, perchè egli all'epoca del suo contratto ha visto che vi era una iscrizione ipotecaria sull'immobile locato, e sapeva che questa iscrizione dava diritto al creditore anche sopra i frutti dell'immobile dal momento della trascrizione del precetto.

9. Da ultimo, il contratto di anticresi, convenuta sull'immobile ipotecato, non sarà mai opponibile al creditore ipotecario, così se iscritto prima che dopo la stipulazione dell'anticresi; e neanche allo stesso creditore chirografario, il quale inizia la esecuzione immobiliare con la trascrizione del precetto di pagamento. Nella legislazione italiana è fuori controversia la natura di diritto personale dell'anticresi, avente efficacia fra le sole parti contraenti, per il preciso disposto dell'art. 1897 del Codice civile, nuovo nel contenuto e nella forma rispetto a tutto il diritto anteriore. E di più, in detto articolo la espressa dichiarazione « che l'anticresi non produce effetto se non nei rapporti fra creditore e debitore e i loro eredi » elimina qualsiasi argomento di analogia fra un tale contratto e quello della locazione; la quale, pur consistendo in un diritto personale del conduttore, ove abbia data certa anteriore all'atto di vendita dell'immobile locato, è opponibile al terzo che acquista la proprietà dell'immobile medesimo; opponibile per più o meno lungo tempo, a seconda delle

clausole del contratto, e della formalità della trascrizione da cui è accompagnato (art. 1597 e 1932, n. 5). Perocchè la disposizione dell'art. 1597 è eccezionale, suggerita dagli speciali interessi della produzione della proprietà; mitigata nei suoi effetti, contrarii ai principii astratti del giure, dalla condizione della pubblicità riguardo ai terzi. E la eccezionalità di essa è comprovata appunto dalla opposta disposizione dell'art. 1897, che armonizza coi principii generali di diritto, e dalla circostanza, oltremodo significativa, di non essere l'anticresi compresa fra gli atti soggetti a trascrizione (art. 1932 e 1933); mentre sarebbe inconcepibile che, anche quando essa, come diritto personale, fosse opponibile ai terzi acquirenti di un diritto reale sull'immobile dato in anticresi, non dovesse andar soggetta alla pubblicità della trascrizione nell'interesse di costoro, almeno se stipulata per un lungo periodo di tempo; inconcepibile, diciamo, in presenza del sistema della nostra legge, che sottopone a trascrizione le locazioni ultranovennali, e le cessioni e liberazioni di fitti e di pigioni ultratriennali (art. 1932, n. 5 e 7). Aggiungasi, che, appunto dalla formalità della trascrizione, cui per la legge francese del 23 marzo 1855 è soggetta l'anticresi, i fautori della opponibilità (controversa in applicazione del Codice Napoleone) di tal contratto verso i terzi prendono argomento, per rafforzarla e presentarla sotto un aspetto più favorevole. Ma venendo meno questo argomento nella legislazione italiana, edotta già della questione che si agitava in addietro, e spuntata invece fuori la nuova e chiara disposizione dell'art. 1897, ogni dubbio sul punto di diritto sin qui esaminato non ha più ragione d'insinuarsi nell'animo dell'interprete del nostro Codice civile.

Lezione Ventesimaseconda

Sommario: Degli effetti dell'ipoteca nel rapporto fra le *diverse classi di creditori* del comune debitore. — Degli effetti dell'ipoteca nel rapporto dei *diversi creditori ipotecari: ordine e grado delle ipoteche* stabilito sul principio della *priorità della iscrizione*. — Del grado della ipoteca iscritta a garentìa di un'*apertura di credito in conto corrente*.

1. « I beni del debitore sono la garentìa comune dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un eguale diritto, quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione » (art. 1949). « Le cause legittime di prelazione sono i privilegi e le ipoteche » (art. 1950). « Allorchè, *dopo la collocazione dei crediti privilegiati e degl'ipotecarii*, sopravvanza una parte di prezzo, questa sarà *distribuita per contributo*, salvo la preferenza stabilita dall'art. 1963, *fra gli altri creditori comparsi* (creditori chirografari), ed in mancanza pagata al debitore » (art. 2092). Nel concorso dunque di queste tre classi di creditori, il creditore privilegiato avrà la precedenza sul creditore ipotecario, salva la disposizione del terzo comma dell'articolo 1962, e il creditore ipotecario avrà la precedenza sul creditore chirografario; tale preferenza costituendo appunto lo scopo della ipoteca, rivolta ad assicurare il pagamento del credito sul prezzo dell'immobile ipotecato, contro i pericoli della futura insolvibilità del debitore (art. 1964). Naturalmente il privilegio immobiliare e l'ipoteca, accordando al creditore un diritto speciale sull'immobile vincolato, e non attribuendo loro alcuna generica *personale* qualità di favore, non eserciteranno, nè fra di essi, nè di rincontro al creditore chirografario, alcuna preferenza sul prezzo di tutti gli altri beni, nón solo mobili, ma anche immobili, sui quali non cada il privilegio e la ipoteca; giacchè rispetto a questi beni sono essi pure creditori chirografari, e quindi concorrono a parità di ragione. Soltanto in

un rincontro il creditore privilegiato ha la preferenza, non sul creditore ipotecario, ma sul creditore chirografario, anche riguardo al prezzo dei beni del comune debitore che non formano oggetto del privilegio; perocchè a termine dell'art. 1963 i crediti privilegiati sulla generalità dei mobili, di cui nell'art. 1956, saranno collocati, sussidiariamente, sul prezzo degl'immobili del debitore, con preferenza ai creditori chirografari. Ma questa ipotesi esce dall'ambito della nostra indagine, la quale mira a stabilire la posizione reciproca contemporanea delle diverse classi di creditori nel conflitto dei loro interessi; conflitto possibile soltanto in riguardo al prezzo da distribuirsi di un immobile del debitore, giacchè solo sopra l'immobile un creditore può acquistare la qualità d'ipotecario, non dovendo noi qui occuparci che degli effetti della ipoteca nel rapporto dei diversi creditori fra di loro.

2. E stabilita, come sopra, la posizione reciproca generica delle tre classi di creditori, dobbiamo ora specialmente studiare la posizione reciproca dei diversi creditori della classe ipotecaria; ciò che riducesi a determinare la loro graduazione, ovvero l'*ordine delle ipoteche*, come il Codice intitola la sezione V; nonchè l'estensione ed il contenuto di ciascuna di queste ipoteche graduate, l'una di fronte all'altra. Perocchè se la ipoteca si fosse limitata ad accordare al creditore ipotecario la sola preferenza sul creditore chirografario, restando inefficace fra i diversi creditori ipotecari, lo scopo dell'istituto sarebbe venuto meno lo stesso; mancando, a causa del *concorso* di più creditori ipotecari sul prezzo dell'immobile, quell'*assicurazione del credito*, la quale è offerta appunto dal valore dell'immobile, di libera disposizione nelle mani del debitore, quando il creditore gli domanda una *speciale* garentia del suo credito. La preferenza dunque fra i diversi creditori ipotecari sullo stesso immobile è determinata in base al principio: *prior in tempore, potior in jure.* Priorità di tempo però che si rapporta, non già alla costituzione del titolo ipotecario, ma alla iscrizione di questo (art. 2007); chè altrimenti sarebbe frustrato il moderno benefico principio della obbligatoria pubblicità della ipoteca. Si stabilisce così un *ordine* cronologico delle

diverse ipoteche *iscritte*, secondo il quale sono chiamate, *l'una dopo l'altra*, a spiegare la propria efficacia; in guisa che allorquando quest'*ordine* fra due o più ipoteche non è possibile, a causa della contemporaneità delle loro iscrizioni, esse *concorrono* fra di loro in proporzione dei crediti garentiti (art. 2007 e 2009).

E richiamiamo qui l'osservazione già fatta altrove, che cioè in questa preferenza dei diversi creditori ipotecari del comune debitore sullo stesso immobile ipotecato, stabilita sull'ordine delle iscrizioni, non esercita una diretta influenza giustificatrice la *realità* del diritto d'ipoteca; così come non l'esercita nella preferenza che gode il creditore ipotecario sul creditore chirografario, ed il creditore privilegiato su tutti e due. L'una e l'altra preferenza sono determinate dal fatto, che il creditore ipotecario ha ottenuto una garentia speciale che il creditore chirografario non ha chiesto o non ha potuto ottenere; e dal fatto, che un creditore ipotecario si ha assicurata la garentia prima di un altro; in questa maggior diligenza, o nella qualità stessa del credito più meritevole di favore, pel quale la legge talvolta direttamente accorda essa l'ipoteca (art. 1969), ravvisandosi un motivo sufficiente per dare ad un creditore la preferenza sull'altro. La *realità* del diritto d'ipoteca invece è necessaria a spiegare la sua efficacia contro il terzo possessore dell'immobile ipotecato; nonchè a stabilire la preferenza fra il creditore ipotecario del debitore ed i creditori ipotecari e chirografari del terzo datore d'ipoteca, sull'immobile che questi ha ipotecato per garentire la obbligazione altrui. In cotesti rapporti, mancando il legame personale delle obbligazioni, per l'adempimento delle quali la legge può stabilire, in base alle sopra dette considerazioni, il concorso o la prelazione dei diversi creditori sui beni del comune debitore (art. 1949 e 1950); la ipoteca non può altrimenti operare siffatta prelazione, se non come diritto reale, il quale solo mette in rapporto il titolare di esso con l'immobile al quale si riferisce.

3. Il numero d'ordine della iscrizione è quello che dà il grado a ciascuna ipoteca, ancorchè, dice l'art. 2007, si tratti di un contratto di prestito ipotecario in cui lo sborso del danaro si effettui

posteriormente all'accensione della iscrizione. Con questa disposizione il nostro Codice ha voluto, sull'esempio dell'art. 80 della legge ipotecaria belga del 1851, risolvere la questione gravemente dibattuta nel diritto anteriore, circa, non solo la validità di una costituzione ipotecaria per la garentìa di un'*apertura di credito in conto corrente*, ma anche il grado della iscrizione di una cosifatta ipoteca. Del primo punto della controversia ci occupammo nella Lezione VIII; dobbiamo qui occuparci dell'altro. Si sosteneva dunque da una parte autorevolissima della dottrina, che, pure essendo valida un'unica costituzione d'ipoteca a garentìa di tutto il credito che si sarebbe successivamente realizzato nel conto corrente; nondimeno la iscrizione di quella ipoteca non avrebbe assicurato al creditore la prelazione, che per ciascun versamento fatto all'accreditato, e dal momento di ciascun versamento; così come se il creditore avesse preso tante successive distinte iscrizioni, quante erano le somministrazioni che faceva in esecuzione dell'apertura del credito. E se ne adduceva il motivo, che l'accreditato, non potendo trovarsi obbligato che per la realizzazione successiva del credito, l'effetto della ipoteca non poteva, per ciascuno dei versamenti effettuati dal creditore, risalire ad un'epoca anteriore a quella in cui essi erano stati eseguiti; non potendo l'efficacia della garentia precedere l'esistenza dell'obbligazione garentita. Ma dall'altro lato si osservava, che se fra le parti contraenti si riputava valida la costituzione di una ipoteca per garentìa di *tutto il credito*, che si sarebbe fra loro successivamente realizzato, trattandosi di una obbligazione *hic et nunc* esistente, benchè eventuale; così rispetto ai terzi doveva considerarsi efficace la iscrizione di quella ipoteca, per tutta la somma che vi appariva protetta, e sino a concorrenza dei versamenti effettivamente eseguiti, col suo proprio unico numero d'ordine; la pubblicità della iscrizione salvando l'interesse dei terzi. Dare a quell'unica iscrizione una diversa graduazione, secondo l'epoca e l'ammontare di ciascun versamento del credito aperto, sarebbe come negare negli effetti la validità, riconosciuta in principio, dell'unica costituzione ipotecaria stipulata per la garentia di un credito aperto; sarebbe come ridurre quell'unica costituzione ipotecaria a tante diverse successive costitu-

zioni, e quindi a tante diverse successive iscrizioni, contrariamente alla intenzione delle parti, le quali intendevano assicurare preventivamente il rimborso di tutto il credito aperto, sino a concorrenza dei versamenti eseguiti, sui beni posseduti dall'accreditato nel momento dell'apertura del credito, e per quel valore libero che in tal momento essi presentavano alla garentia del creditore. Diversamente, sarebbe avvenuto in fatto che mai un'apertura di credito avrebbe potuto sorgere con la protezione di una garentia ipotecaria; perocchè, se la stipulata ipoteca, debitamente iscritta, avesse dovuto prendere grado soltanto dal giorno di ciascun versamento, il creditore, ad essere sicuro del rimborso di ciascun versamento, avrebbe dovuto, volta per volta, verificare lo stato patrimoniale immobiliare dell'accreditato, onde, trovatolo gravato di nuove ipoteche, a favore di altri consentite ed iscritte dopo il primo versamento, egli non si trovasse nella necessità di rifiutare gli ulteriori versamenti, e rompere il contratto, in base alla mancanza di sufficiente cautela promessagli dall'accreditato; cautela stipulata dal creditore come condizione del suo obbligo di fornire i fondi all'accreditato. Sarebbe stato così uno intralciare ed allontanare dalla pratica l'uso di un contratto, che rende servigii al credito ed al commercio, senza alcun'altra utilità correlativa, che non fosse l'esagerazione del rispetto ad un principio astratto. A queste considerazioni appunto s'informò la disposizione del nostro art. 2007.

4. Il numero d'ordine della iscrizione assicura dunque al creditore la identica prelazione ipotecaria, così per la prima, che per l'ultima somministrazione fatta all'accreditato, nella misura stabilita col contratto di apertura del credito; e naturalmente sino a concorrenza della minor somma totale di cui l'accreditato si trovi debitore, al momento della graduazione dei suoi creditori, o per non aver esaurito l'ammontare del conto corrente, o per aver fatto dei pagamenti e delle somministrazioni di fondi a scarico del suo debito. Ma se l'apertura del credito è stata limitata anche per il tempo della sua durata, la prelazione ipotecaria del creditore, secondo il numero d'ordine della sua iscrizione, non varrà che per la somm

effettiva, che egli alla scadenza del conto corrente si troverà in diritto di esigere; malgrado la prorogazione del conto corrente, e malgrado che il credito formatosi dopo la proroga, superando il credito accertato alla scadenza originariamente stabilita, non ecceda l'ammontare della somma originariamente portata nell'apertura del credito. Di fatti, rispetto ai terzi, la indicazione della scadenza del credito enunciata nella iscrizione (art. 1987, n. 6) li ha assicurati, che sul patrimonio immobiliare del debitore quella ipoteca non può gravare se non per la somma da costui effettivamente dovuta alla scadenza; somma che essi hanno potuto verificare, e che hanno potuto trovare tale da non compromettere la sorte dei diritti che s'inducevano ad acquistare sull'immobile ipotecato; ond'essi sarebbero invece ingannati, se per la prorogazione del conto corrente quella somma potesse elevarsi ad una cifra maggiore, e ne dovesse rispondere l'immobile, su cui essi hanno acquistato e legalmente conservato i loro diritti. Ma al tempo stesso, quella iscrizione assicurerà al creditore la propria prelazione ipotecaria sino a concorrenza: della somma originariamente stabilita all'apertura del credito; della somma di cui l'accreditato è debitore al momento della scadenza, pure originariamente stabilita; e della somma di cui egli appare definitivamente debitore alla liquidazione definitiva del conto corrente prorogato; benchè dopo la proroga l'accreditato abbia fatto dei pagamenti, che restrinsero la somma da lui dovuta in quel momento, e che poi, per nuove somministrazioni ricevute, siasi daccapo elevata a quella cifra. Non potrebbero i terzi opporre, che mercè quei pagamenti, fatti dall'accreditato dopo la proroga, il suo debito si era ridotto, e quindi si era ridotta la ipoteca che lo garentiva; mentre il nuovo debito che sorgeva non era accompagnato da una nuova garentìa ipotecaria, come si suppone. Perocchè nel conto corrente le somministrazioni che si fanno dall'una e dall'altra parte non si possono considerare come pagamenti, che volta per volta stabiliscano definitivamente il credito ed il debito delle due parti, che diano cioè luogo a compensazioni liberatorie; tale effetto non producendosi che alla chiusura del conto, con regolamento retroattivo delle singole somministrazioni eseguite.

5. Il creditore dunque è rimasto creditore ipotecario, con la iscrizione poniamo del 1° del 1880, della somma di 10,000 accertata alla scadenza del conto corrente, il 1° del 1885. Prorogato il conto, i nuovi versamenti che, in pendenza di esso, fa il creditore, ed i nuovi pagamenti che fa l'accreditato, nè aumentano, nè diminuiscono, volta per volta, quella cifra di 10,000, per gli effetti della garentia ipotecaria del creditore, a causa della loro naturale provvisorietà ed oscillazione. Che se alla definitiva liquidazione del conto il 1° del 1890, l'accreditato risulti debitore di 20,000, il terzo ha diritto di non vedere elevata a questa cifra la somma di 10,000 con prelazione contro di lui, perchè egli non dev'essere danneggiato nel suo diritto quesito da una convenzione delle parti che gli è rimasta estranea. E se ha anche diritto di veder ristretta quella cifra di quanto risulti diminuita alla liquidazione definitiva del conto corrente, quando poniamo l'accreditato risulti debitore di 5000, è perchè egli allora esercita, nel suo interesse, il diritto stesso del suo dante causa, l'accreditato, il quale non deve pagare se non ciò di cui è realmente debitore. Ma se, oltre a ciò, il terzo vuole anche profittare dei pagamenti fatti dall'accreditato, i quali al 1° del 1887 riducono il debito a 5000, ma che poscia per nuove somministrazioni ricevute torna ad elevarsi alla somma di 10,000; se vuole profittarne, diciamo, per non far valere contro di lui se non per 5000 la prelazione ipotecaria del creditore al momento della graduazione, egli non lo può; perchè verrebbe altrimenti a profittare di una convenzione che gli è rimasta estranea, quella della prorogazione del conto corrente; convenzione che, appunto perchè a lui estranea, egli ha il diritto di respingere, quando gli nuoce, ed ha in fatto respinto nell'altro caso configurato.

6. La cosa andrebbe però diversamente, se, in luogo di una prorogazione pura e semplice del conto corrente, fatta la liquidazione di questo alla sua scadenza, si convenisse una *nuova* apertura di credito; nella quale si riportasse, come primo versamento del creditore, quella somma di lire 10,000, rimasta a debito dell'accreditato nel vecchio conto corrente. In tal caso vi sarebbe una vera

novazione, e quindi il credito anteriore ipotecario di 10,000 sarebbe estinto; ed il nuovo, che gli si sostituisce, non potrebb'essere protetto che da una nuova costituzione d'ipoteca e da una nuova iscrizione, con effetti utili valutabili dal numero d'ordine di questa; a meno che nell'atto di novazione il creditore non abbia fatto *espressa riserva* della ipoteca che garentiva il vecchio credito, e che si trasporterebbe così a garentia del nuovo (art. 1236, 1267, n. 1 e 1274).

Lezione Ventesimaterza

Sommario: Continuazione dell'argomento della poziorità dell'ipoteca sulla base della priorità della iscrizione. — Estensione del grado della ipoteca del credito alle *spese dell'atto;* alle *spese della iscrizione e della rinnovazione;* alle *spese ordinarie per la collocazione nel giudizio di graduazione.* — Delle *spese giudiziali* cui può estendersi, con *patto espresso*, l'efficacia della ipoteca del credito.

1. La priorità della iscrizione è determinata dal *momento* della sua accensione sui registri; momento che stabilisce l'*ordine* delle ipoteche iscritte, e che dà il *grado* a ciascuna di esse (art. 2007 e 2008). Momento e non giorno, dice l'art. 2007; a differenza del diritto anteriore, pel quale le ipoteche iscritte nel medesimo giorno concorrevano tutte fra di loro, senza distinzione di grado in ragione dell'ordine materiale successivo delle iscrizioni prese nelle diverse ore del giorno. Ciò che era affatto arbitrario, e costituiva uno strappo al principio della pubblicità; in quanto il creditore che si presentava ad iscrivere nelle prime ore del mattino, quando dalla ispezione dei registri vedeva tuttora libero e capiente per la sua ipoteca il valore dell'immobile su cui la iscriveva, trovavasi invece poi defraudato di cotesta sua legittima sicurezza di garentia dalla circostanza, che le iscrizioni accese da altri creditori nelle ultime ore dello stesso giorno venivano a far concorrenza alla sua, limitandone

così l'efficacia e la estensione. Ond'era come costringere pure tutti i creditori a presentarsi alla iscrizione nell'ultimo momento utile del giorno, in cui l'ufficio della conservazione delle ipoteche rimaneva aperto al pubblico; perchè così, o ciascuno conoscesse subito la propria posizione ipotecaria, o si astenesse dallo iscrivere, per poi domandare la rescissione del contratto; quando per la validità di questo fosse stabilita come condizione la capienza della ipoteca, e che il creditore ravvisava compromessa dal cumulo delle iscrizioni contemporanee, le quali venivano ad accendersi sullo stesso immobile.

Col nostro sistema tutti questi inconvenienti sono evitati. Perciò i conservatori delle ipoteche hanno un registro generale, ossia d'ordine, segnato con numeri progressivi, in cui giornalmente annotano, al *momento* della consegna, il titolo loro rimesso per la iscrizione, rilasciando all'esibitore la ricevuta, che conterrà la indicazione del numero d'ordine, sotto il quale la richiesta è stata segnata. Numero d'ordine ch'è sempre quello, il quale si trova ad essere il primo libero al momento della richiesta; il registro dovendo essere scritto di seguito, senza lasciar spazi in bianco, nè interlinee (art. 2071 e seg.).

2. È una conseguenza diretta poi della regola della priorità della iscrizione, determinata dal momento della sua esecuzione, che se più creditori si presentino contemporaneamente a richiedere la iscrizione contro lo stesso debitore, o sullo stesso immobile, tutti devono essere iscritti sotto il medesimo numero d'ordine, per correr tutti la medesima sorte; stabilendosi così un necessario e ragionevole concorso fra le loro ipoteche, le quali non hanno potuto acquistare, l'una di fronte all'altra, un grado distinto e progressivo (art. 2008 e 2009).

Si noti che la iscrizione sotto il medesimo numero d'ordine, quando più creditori la domandano contemporaneamente, è sempre necessaria se le iscrizioni sono rivolte contro un comune debitore, benchè sopra immobili diversi. Perchè, quantunque in tal caso l'anteriorità o posteriorità di quelle iscrizioni, l'una rispetto all'altra, non ha una importanza diretta, ciascuna conservando il suo proprio

numero d'ordine riguardo all'immobile che ne forma l'oggetto; pure ne può avere una gravissima indirettamente, per gli effetti cioè della surrogazione ipotecaria, di cui nell'art. 2011; i quali sono determinati dall'anteriorità o posteriorità delle varie iscrizioni dei creditori ipotecari, accese sopra i diversi e separati immobili del debitore, come a suo luogo dichiareremo. Quando poi trattisi di creditori che si presentano contemporaneamente a domandare le iscrizioni contro diversi loro debitori, allora s'intende come la iscrizione di tutti sotto il medesimo numero d'ordine non è necessaria, se non quando tutti domandano la iscrizione sullo stesso immobile; ciò che si verifica nel caso che il proprietario ipotechi il suo immobile per la garentia, e di obbligazioni proprie, e di obbligazioni altrui (art. 1964). È necessaria la iscrizione sotto il medesimo numero d'ordine in quel caso, perchè rispetto al medesimo immobile ipotecato i creditori dei diversi debitori si trovano fra loro in conflitto, così come se fossero creditori di un comune debitore.

3. Il principio « *prior in tempore, potior in jure* » che stabilisce il grado delle ipoteche iscritte, sulla base appunto della priorità della iscrizione, non soffre alcuna notevole eccezione in diritto patrio; il quale ha il merito su tutti i Codici precedenti di aver più compiutamente attuato il principio della pubblicità ipotecaria. Non solo dunque qualsiasi ipoteca, convenzionale, giudiziale o legale, deve essere iscritta per produrre i suoi effetti (art. 1965 e 1981 e seg.); ma iscritta, gli effetti di essa non si producono che dal momento della iscrizione (art. 2007). Sicchè le stesse ipoteche legali della moglie, dei minori e degl'interdetti, per le quali è dato al marito ed al notaio, al tutore, protutore e cancelliere, il termine di venti giorni, dalla data dell'atto e della deliberazione del consiglio di famiglia, per eseguire le relative iscrizioni, non prendono grado che dal momento di siffatte iscrizioni; quel termine essendo prescritto al solo scopo di eccitare lo zelo delle persone incaricate, in luogo del creditore, di eseguire le suddette iscrizioni, sotto minaccia di multe e di responsabilità del risarcimento dei danni (art. 1982, 1983 e 1984). Dicasi lo stesso della ipoteca legale del condividente, che perciò, ritardando

di alcun poco la iscrizione, potrebbe trovarsi prevenuto da un'altra iscrizione accesa, prima della sua, sugl'immobili caduti nella divisione, e sui quali l'altro condividente abbia consentito delle ipoteche a favore dei suoi creditori subito dopo la divisione. Ed inoltre il condividente creditore, come qualunque altro creditore ipotecario, può perdere addirittura la sua ipoteca, se l'altro condividente aliena gl'immobili in parola e l'acquirente si affretti a trascrivere (art. 1942 ultimo comma). Non vi è che la ipoteca legale dell'alienante, la cui iscrizione di ufficio è organizzata in modo da metterla al sicuro delle iscrizioni e trascrizioni eseguite, *prima di essa*, sull'immobile alienato dagli aventi causa dell'acquirente, secondo le spiegazioni date nella Lezione XII; e la ipoteca legale a titolo di separazione dei patrimoni, la cui iscrizione, purchè accesa nei tre mesi dall'apertura della successione, *retroagisce* a tal momento, come fu osservato nella Lezione V.

4. Egualmente la ipoteca giudiziale non prende grado che dal momento della sua iscrizione; e quanto ai beni futuri, ai beni cioè che il debitore acquista dopo la condanna, la quale costituisce il titolo della ipoteca giudiziale, questa parimenti non prende grado che dal momento delle singole iscrizioni, accese volta per volta su di essi, a misura che entrano nel patrimonio del debitore (art. 1986). Onde non vi è altra differenza fra la efficacia di una ipoteca convenzionale e giudiziale, se non che questa: l'una non potersi costituire sui beni futuri (art. 1977), in guisa che il debitore, man mano che acquista degl'immobili, volendo gravarli d'ipoteca, deve consentire una nuova costituzione ipotecaria; mentre l'altra grava col suo titolo virtualmente anche sui beni futuri, senza bisogno di un nuovo titolo ipotecario che colpisca cotesti beni. Ma come nel primo caso *ciascun titolo ipotecario* dev'essere iscritto separatamente, e non prende grado che dal momento di ciascuna iscrizione; così nel secondo caso l'*unico titolo ipotecario* dev'essere iscritto anche separatamente, volta per volta che il debitore acquista novelli beni, e non prende egualmente grado che dal momento di ciascuna di queste iscrizioni.

5. Non era così invece nel diritto anteriore, quando, non solo alcune ipoteche legali generali erano dispensate affatto dall'obbligo della iscrizione, ma prendevano grado anche dal momento in cui sorgeva il credito protetto da quelle ipoteche. E di più, le ipoteche generali legali e giudiziali, che cioè colpivano i beni presenti e futuri del debitore, pur quando dovevano essere iscritte per produrre i loro effetti, prendevano grado dalla data di questa iscrizione, non solo rispetto agl'immobili che il debitore possedeva in tal momento, ma anche riguardo a quelli ch'egli acquistava in seguito. Di maniera che, ove il debitore, il cui *patrimonio* era vincolato di una ipoteca generale, appena acquistato un immobile lo gravava d'ipoteca speciale convenzionale, ed il nuovo creditore iscriveva subito cotesta ipoteca; nondimeno aveva la precedenza quella ipoteca generale, o non iscritta affatto, o iscritta già, ma in modo generico sul patrimonio del debitore, e non in modo speciale su quell'immobile del quale naturalmente al creditore fornito d'ipoteca generale era ignota persino l'esistenza. Questo stato di cose, tuttora in vita nel diritto francese, era già stato in gran parte modificato da alcuni Codici preesistenti in Italia, e più che mai dalla legge ipotecaria belga del 1851; ma spetta veramente al Codice civile italiano di aver completamente attuato il sistema della pubblicità e della specialità ipotecaria, salve le lievi derogazioni innanzi indicate; assoggettando alla iscrizione qualsiasi più favorevole ipoteca, e spingendo il principio del « *prior in tempore, potior in jure* » sino a tener calcolo dei diversi momenti di un medesimo giorno, nei quali i creditori si presentino all'ufficio della conservazione delle ipoteche per eseguire le loro iscrizioni.

6. Ora vediamo qual è il *contenuto e l'estensione* della preferenza ipotecaria, annessa al suo grado d'iscrizione; cioè quali e quante sono le somme che la iscrizione ipotecaria assicura col suo grado al creditore nella distribuzione del prezzo dell'immobile ipotecato.

Pel principio della specialità della ipoteca, consistente nella determinazione degl'immobili gravati e del credito garentito, il creditore ipotecario non potrebbe far valere la prelazione del suo grado

ipotecario che nei rigorosi limiti della somma iscritta. Ma a questo principio la legge apporta una lieve derogazione, permettendo al creditore ipotecario di *estendere* il beneficio della sua iscrizione ad altre somme, che non figurano essergli garentite sui pubblici registri; in quanto però dette somme siano un vero *accessorio* ed una stretta dipendenza del credito iscritto. Nella qual limitazione appunto trova la sua giustificazione la deroga summenzionata; poichè se da una parte il creditore viene a godere di un beneficio, di cui il più delle volte non avrebbe potuto altrimenti premunirsi, dall'altra parte i terzi, nell'interesse dei quali ha luogo la specialità, non possono sentirsene pregiudicati, e per la relativa esiguità di quelle somme, e per la loro normale prevedibilità. Così l'art. 2010 del Codice dispone nel primo comma: l'iscrizione del credito esser utile per far collocare allo stesso grado le spese dell'atto, quelle della iscrizione e rinnovazione, e quelle ordinarie che possono occorrere per la collocazione nel giudizio di graduazione. Onde lo stesso articolo 2010 nel suo ultimo comma ha cura di dichiarare: che se il creditore voglia assicurare il beneficio della sua iscrizione ad altre spese giudiziali che, pur collegandosi al credito iscritto, ne dipendano però in maniera ed in misura diversa che quelle contemplate nella prima parte dell'articolo, deve concordarne col debitore la espressa stipulazione ed eseguirne la corrispondente iscrizione, la quale non prenderà grado che dal proprio numero d'ordine.

7. Per *spese dell'atto* s'intendono tanto le spese del titolo del credito, quanto quelle della costituzione ipotecaria, allorchè la stipulazione è unica; che se invece la costituzione ipotecaria accedesse soltanto posteriormente alla costituzione del credito, le spese dell'atto, di cui all'art. 2010, non potrebbero essere che quelle soltanto relative al titolo ipotecario, non vi essendo ragione di estendere retroattivamente il beneficio della prelazione a spese che nacquero senza la possibilità di una simile pretesa da parte del creditore, e che già si erano prodotte come un credito distinto dal credito capitale; tanto più che le parti, avendo in seguito stipulato la ipoteca a garentia di questo, come si suppone, e non dell'altro, hanno mostrato

di continuare a mantenerli distinti, e quindi ciascuno con la propria fisionomia giuridica, chirografaria ed ipotecaria. Trattandosi d'ipoteca giudiziale, le spese dell'atto saranno quelle della sentenza, che forma il titolo ipotecario, e della copia per la iscrizione. Per spese dell'atto s'intendono anche quelle della sua registrazione, non però la multa che il creditore ha pagato per la tardiva registrazione di una privata scrittura, ch'egli ha dovuto produrre in giudizio. Tutto questo naturalmente suppone che il creditore abbia anticipato egli stesso quelle spese dell'atto, le quali, salva convenzione contraria, sono a carico del debitore.

Per *spese d'iscrizione e di rinnovazione* s'intendono quelle occorse, oltre che per diritti e tasse spettanti all'ufficio della conservazione, anche per la spedizione delle copie dei titoli da esibirsi, o da lasciare in deposito all'ufficio stesso.

Finalmente le *spese ordinarie per far collocare il credito nel giudizio di graduazione* sono quelle relative all'analoga istanza da presentarsi al tribunale, e sua registrazione; nonchè a tutti gli altri documenti strettamente necessari per la giustificazione del credito stesso.

8. Al contrario, non sarebbero protette dal grado della iscrizione del credito le *spese giudiziali*, che, per esempio, il creditore avesse incontrato in una contestazione relativa al merito del suo credito e della sua ipoteca, vuoi con lo stesso debitore, vuoi con altro creditore; come spese, non solo non necessariamente dipendenti dal credito iscritto, ma neppure prevedibili dai terzi. Sarebbe quindi loro applicabile l'ultimo comma dell'articolo 2010.

In riguardo al quale facciamo osservare, che se insieme alla ipoteca del credito si stipuli la garentia ipotecaria anche per le maggiori spese giudiziali, cui il creditore possa andare incontro per il ricupero del credito, fissandone approssimativamente la somma, la iscrizione, nella quale saranno enunciate la somma capitale e quella delle dette spese, assicurerà la prelazione ipotecaria col suo medesimo grado all'una ed all'altra. Ma se invece la garentia ipotecaria per le spese giudiziali è stipulata posteriormente alla ipoteca del credito,

com'è certamente lecito, allora la iscrizione di essa non assicurerà alle spese che il grado del suo proprio numero d'ordine, posteriore al grado della ipoteca del credito.

Lezione Ventesimaquarta

Sommario: Estensione del grado della ipoteca del credito agl'*interessi convenzionali*, che questo produce. — Questione riguardo al tempo, nel quale gl'interessi convenzionali cesserebbero di essere protetti dal grado della ipoteca del credito.

1. Gl'*interessi* sono essi pure un *accessorio* del credito che gli produce, epperò vengono protetti dallo stesso grado della ipoteca del credito iscritto; ma sotto una condizione e con una limitazione. Sotto la condizione, cioè, che la misura degl'interessi, se il credito ipotecario ne produce, sia enunciata nella iscrizione di questo; e con la limitazione dei soli interessi, che non risalgano più indietro delle due annate anteriori a quella in corso nel giorno della trascrizione del precetto, di cui nell'art. 2085 (art. 2010 secondo comma). In tal modo il principio della pubblicità è sino ad un certo punto salvo, perchè l'obbligo della enunciazione della misura degl'interessi nella iscrizione del credito che li produce, obbligo di cui è parola anche nel n. 5 dell'art. 1987, mette i terzi sull'avviso di calcolare l'ammontare di questi interessi come possibile aumento del credito iscritto, al pagamento del quale si troverà impegnato il prezzo dello immobile ipotecato. Ed a questo scopo tende pure la limitazione della stessa prelazione ipotecaria del credito alle sole due annate d'interessi anteriori a quella in corso nel giorno della trascrizione del precetto; perchè il terzo, quando vede iscritto un credito che produce interessi, deve naturalmente presumere che il creditore li esiga alla loro annuale scadenza, e che il debitore li paghi con le rendite dei suoi beni; e tutto al più può supporre che il creditore iscritto tolleri il

ritardo del pagamento degl'interessi dovutigli per uno, o al massimo, per due anni; e quindi egli ha calcolato che il prezzo dell'immobile ipotecato, riguardo al quale vuol contrattare, non sia impegnato a favore di quel creditore che per la somma corrispondente al credito, aumentato di quelle due annate d'interessi; mentre sull'avanzo del prezzo di detto immobile egli trova di che garentire i suoi diritti posteriormente acquistativi. Che se invece quel creditore primo iscritto potesse impunemente trascurare l'esazione degl'interessi per un maggior numero di anni, pur proteggendoli con la prelazione ipotecaria del credito sul prezzo dell'immobile, il terzo si troverebbe defraudato nella sua legittima aspettativa; vedendosi sottratta da questo prezzo una somma su cui egli aveva prudentemente calcolato, e che invece andrebbe impiegata a soddisfare il cumulo degl'interessi arretrati, non esatti alla loro scadenza dal creditore iscritto. Aggiungasi che a tal modo sarebbe anche facile la collusione fra il creditore iscritto ed il debitore, simulando un cumulo di arretrati superiore al vero, per sottrarre alla garentìa del terzo, che possiamo supporre un secondo creditore iscritto, altrettanta somma dal prezzo dell'immobile ipotecato.

2. La iscrizione del credito fruttifero dunque protegge col suo grado, quando in essa è fatta menzione del tasso degl'interessi, oltre che la somma capitale, l'annata d'interessi in corso al giorno della trascrizione del precetto, le due annate anteriori, e tutte le altre ad essa *successive* (art. 2010 secondo comma). Successive sino a quando? Noi riteniamo che trattisi degl'interessi enunciati nella iscrizione del credito, i quali maturino dall'annata in corso al giorno della trascrizione del precetto *sino all'effettivo pagamento* del creditore, collocato sul prezzo dell'immobile espropriato. Gl'interessi convenzionali, di cui si occupa l'art. 2010, sono prodotti dal capitale sborsato dal creditore; ora, *sino a quando questo capitale non rientra nelle sue mani*, gl'interessi continuano ad esserne prodotti e dovuti al creditore; la parola perciò *interessi successivi*, di cui in detta disposizione, trova un significato così naturale, che non vi è bisogno di alcuna interpretazione per proclamarlo; *nel-*

l'applicare la legge non potendosi attribuirle altro senso, che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore (art. 3 disp. prel.).

Si vorrebbe invece da altri sostenere, che gl'interessi convenzionali, protetti dallo stesso grado della ipoteca del credito il quale li produce, sarebbero quelli: delle due annate anteriori all'annata in corso al giorno della trascrizione del precetto; di cotesta annata; e tutti gli altri *successivi sino*, non già all'effettivo pagamento del creditore, ma *al giorno del deliberamento dell'immobile ipotecato subastato;* deliberamento che precede di più o meno lungo tempo il pagamento dei creditori sul prezzo della vendita all'incanto, da sborsarsi dal deliberatario in conformità della legge (art. 709 e seg., 717 e seg. Proc. civ.). Dal giorno del deliberamento poi sino a quello del pagamento, ciascun creditore avrebbe soltanto diritto agl'*interessi legali*, che si pagano dal deliberatario sul prezzo della vendita all'incanto sino alla sua liberazione (art. 1231, 1509 Cod. civ., 719 e 723 Proc. civ.); interessi che sarebbero corrisposti a ciascun creditore iscritto in proporzione della somma complessiva per cui è stato collocato nella graduazione; somma cioè risultante dal capitale iscritto e dagl'interessi convenzionali, maturati dalle due annate anteriori alla trascrizione del precetto sino al deliberamento dell'immobile.

3. Prima di esaminare cotesta teoria, facciamo un esempio pratico per cogliere chiaramente le gravissime pratiche conseguenze che ne derivano, diverse da quelle del nostro sistema. *Primo* creditore iscritto con la data 1° del 1880, per una somma capitale di 10,000, produttiva d'interessi al 7 %, sull'immobile A. *Secondo* creditore iscritto sullo stesso immobile, con la data 1° del 1881, per l'egual somma di 10,000, fruttifera pure al 7 %. Nel luglio 1885 Primo notifica al debitore il precetto di pagamento e lo trascrive a norma dell'art. 2085. Il 1° del 1888 l'immobile è venduto agl'incanti ed aggiudicato a Tizio per il prezzo di 20,000. Il pagamento da parte del deliberatario ha luogo il 1° del 1891, tali e tanti sono stati gli

incidenti, le difficoltà e gli appelli per il giudizio di graduazione. Abbiamo dunque una somma da distribuirsi ai creditori composta così: 20,000, prezzo di vendita dell'immobile; 2000, prezzo dei frutti immobilizzati e raccolti in pendenza del giudizio di espropriazione sino al giorno della vendita; più 3000, ammontare di tre anni d'interessi legali dovuti dal deliberatario sul prezzo di vendita; in tutto 25,000. Come sarà distribuita questa somma? Secondo noi, così: *Primo* conseguirà 10,000, somma capitale; 1400, due annate d'interessi convenzionali anteriori alla trascrizione del precetto, le annate cioè 1883 e 1884; 700, annata 1885 d'interessi convenzionali in corso al giorno della trascrizione del precetto; e 3500, altre cinque annate d'interessi convenzionali, maturate a tutto il 1890, cioè sino al giorno precedente alla sua integrale soddisfazione; in tutto quindi prenderà sulle 25,000 lire 15,600, lasciandone a Secondo 9400. Per l'altro sistema invece si avrebbero questi risultati. La collocazione di Primo e di Secondo si farebbe sul prezzo di vendita dell'immobile, stabilito in 20,000, e sul prezzo dei frutti, raccolti in pendenza della espropriazione sino al deliberamento definitivo dell'immobile, fissato in 2000, e cioè sulla complessiva somma di 22,000. Su questa somma Primo sarebbe collocato per 10,000, ammontare del suo credito primo iscritto, e per 3500, ammontare di cinque annate d'interessi convenzionali, maturati dal biennio anteriore alla trascrizione del precetto sino al deliberamento dell'immobile; in tutto per 13,500; in guisa che Secondo resterebbe collocato pel sopravvanzo delle 22,000 lire, cioè per 8500. Le tre annate poi d'interessi legali che il deliberatario deve pagare sul prezzo di acquisto di 20,000, cioè 3000 lire, sarebbero distribuite a Primo e Secondo in proporzione delle somme per cui essi sono stati collocati, l'uno cioè per 13,500, l'altro per 8500; onde Primo conseguirebbe altre 1888 lire e Secondo altre 1112; e quindi in definitiva Primo 15,388, e Secondo 9612; invece che l'uno 15,600 e l'altro 9400, in conformità del nostro sistema. Elevando le cifre ed il numero dei crediti iscritti ed il tasso degl'interessi convenzionali, e prolungando il numero degli anni della procedura di espropriazione e di graduazione, è facile scorgere a quali maggiori differenze di risultati pratici può portare

l'uno o l'altro modo d'intendere la prelazione ipotecaria, applicata agl'interessi secondo l'art. 2010.

4. La limitazione del decorrimento degl'interessi convenzionali, protetti dal grado della ipoteca del credito, soltanto sino al deliberamento definitivo dell'immobile subastato, si vuol fondarla innanzi tutto sulla considerazione, che a quel momento cessa il vecchio credito ipotecario con i relativi interessi convenzionali, e sorge invece nei creditori collocati un'azione personale *ex vendito* contro il deliberatario, da cui perciò hanno diritto soltanto a conseguire il pagamento del prezzo d'incanto, ciascuno per la parte che gli spetta, e gl'interessi legali su quel prezzo, ed in proporzione di questa parte; interessi legali che rappresentano il compenso del ritardato pagamento di tal prezzo; ritardo che si è costretti a subire per lo stesso comando della legge, la quale non apre il giudizio di graduazione se non dopo la vendita dell'immobile espropriato. Difatti, si osserva, che se il deliberatario pagasse subito il prezzo d'incanto, ciascun creditore su di esso non conseguirebbe se non ciò che secondo l'ordine delle iscrizioni gli toccherebbe, e per la somma capitale, e per gli interessi convenzionali in quel momento scaduti. Quindi, da quel momento cesserebbero gl'interessi convenzionali; e se i creditori continuano a godere degl'interessi, è solo perchè essi soffrono un ritardo nella esazione dei loro crediti. Ma gl'interessi, che rappresentano il danno del ritardo nella esecuzione di obbligazione avente per oggetto somma di danaro, sono gl'interessi legali (art. 1231, oltre l'art. 1509); e questi interessi legali devono essere corrisposti *a tutti i creditori in proporzione di ciò che essi avrebbero esatto a tempo debito, perchè tutti hanno risentito un danno dal ritardato pagamento.* Continuando invece a corrispondere gl' interessi convenzionali al creditore primo iscritto con preferenza al secondo, ed al secondo con preferenza al terzo, prelevandoli dagl'interessi legali che paga il deliberatario sul prezzo della vendita, non solo i creditori primi iscritti sarebbero compensati del danno del loro ritardato pagamento, ma mercè gl'interessi convenzionali ne ritrarrebbero altresì un vero profitto; mentre gli ultimi creditori iscritti neppure

di quel danno sarebbero risarciti, in quanto dalla somma rappresentante gl'interessi legali, che paga il deliberatario, vi sarebbe un prelevamento a favore dei primi; prelevamento che potrebbe giungere sino ad assorbirla affatto.

5. Ma queste considerazioni non ci sembrano resistere ad una severa critica. Perocchè non è esatto intromettere questo concetto di *novazione* nel credito iscritto per effetto del deliberamento dello immobile ipotecato; il credito è sempre lo stesso, tanto vero che il deliberatario non può ottenere la cancellazione della relativa iscriaione, se e sino a quando non abbia presentato la quietanza di pagamento di quel credito (art. 719 Proc. civ.). Se dunque la ipoteca del creditore continua a sussistere sino al giorno del pagamento, deve sussistere per partorire tutti gli effetti che la legge le attribuisce, fra i quali quello di proteggere, con lo stesso grado della iscrizione del credito, gl'interessi convenzionali successivi alla trascrizione del precetto. E bene si osserva con altre parole, che, attivata l'azione ipotecaria, questa continua a colpire l'immobile in tutte le sue successive trasformazioni; di guisa che ridotto, mercè la vendita, a valore numerario, il creditore iscritto continua a far valere su di esso la sua causa di prelazione, fin dove lo comporta la somma realizzata e l'ammontare delle sue ragioni. A nulla poi approda il dire, che se il deliberatario pagasse immediatamente, il creditore primo iscritto cesserebbe dal giorno della vendita di godere degl'interessi convenzionali; e che perciò egli non debba poter trar profitto da un ritardo di pagamento, ch'è imposto dalla legge stessa, la quale vuole il giudizio di graduazione dopo la vendita. Innanzi tutto, se il deliberatario pagasse immediatamente, il creditore primo iscritto troverebbe modo d'impiegare le somme ricevute ad interessi altrettanto pingui quanto i precedenti; per lo meno non vi è motivo a ritenere il contrario. Ma del resto, appunto perchè il pagamento non può aver luogo che dopo la vendita, ed è la legge stessa che questo stabilisce, non si comprende come si voglia partire dalla ipotesi del pagamento contemporaneo alla vendita. Inoltre, e questo secondo noi deve bastare a decidere la questione, siccome è la legge che procrastina il

pagamento a dopo la vendita, e siccome è la legge stessa che estende il beneficio della iscrizione del credito a tutti gl'interessi *successivi* alla trascrizione del precetto, senz'altra limitazione, così è da ritenere che questi interessi, quelli cioè convenzionali, siano nella intenzione del legislatore protetti sino a quando si producano, e cioè sino alla estinzione del credito, del ricupero del quale esso si occupa. Per poter arrestare questi interessi convenzionali al giorno della vendita, e sostituir loro pel tempo posteriore gl'interessi legali, sarebbe stato necessario invece dichiararlo espressamente, tanto la disposizione sarebbe d'indole strettamente positiva ed arbitraria. E neppur giova il riflettere che il nostro sistema pregiudica la condizione dei creditori posteriori a tutto beneficio dei primi iscritti; perocchè è proprio della natura e dell'indole della funzione della iscrizione ipotecaria il favorire e l'applicare la regola del « *prior in tempore, potior in jure* ». Il creditore secondo iscritto sa che il primo iscritto ha un credito fruttifero in quella data misura; sa che la legge colloca con lo stesso grado d'iscrizione del credito tutti gl'interessi che matureranno dopo la trascrizione del precetto; sa che il pagamento non può aver luogo che dopo la vendita, quando si è esaurito il giudizio di graduazione; egli dunque ha tutti gli elementi sott'occhio per calcolare la somma, che, sul valore dell'immobile e degl'interessi legali che pagherà il deliberatario, può essere assorbita dal primo iscritto; e quindi *imputet sibi* se egli ha invece calcolato sopra una somma minore, muovendo da un supposto falso ed impossibile, che il deliberatario cioè pagasse al momento della vendita e non già più tardi.

Lezione Ventesimaquinta

Sommario: Delle particolari iscrizioni per *arretrati d'interessi maggiori* di quelli protetti dalla iscrizione del credito. — Divieto della speciale convenzione estendente la ipoteca del credito agl'*interessi decorrendi.* — Applicabilità dell'art. 2010 alle *prestazioni periodiche* dovute per la rendita perpetua e vitalizia. — Degl'*interessi degl'interessi.* — Applicabilità dell'art. 2010 *a tutte le specie d'ipoteche.*

1. La legge, salvando con lo stesso grado della ipoteca del credito iscritto due annate soltanto d'interessi convenzionali, anteriori a quella in corso nel giorno della trascrizione del precetto, oltre le successive, dà nondimeno facoltà al creditore di prendere speciali iscrizioni sullo stesso immobile per *maggiori arretrati* d'interessi convenzionali dovutigli. Se non che, queste speciali iscrizioni, mentre non possono essere eseguite se non man mano che gl'interessi scadono, la legge parlando d'iscrizioni per maggiori *arretrati dovuti;* non producono effetto che dalla loro data, cioè dal loro proprio numero d'ordine, che sarà necessariamente posteriore al numero d'ordine della iscrizione della ipoteca del credito (art. 2010 secondo comma, in fine). È notevole intanto che il creditore può procedere a coteste speciali iscrizioni, per gl'interessi maturati, *in forza dello stesso titolo ipotecario del credito;* senza bisogno cioè di una espressa convenzione, che estenda anticipatamente l'ipoteca del credito a quegli interessi; non solo perchè la legge accorda al creditore la facoltà di prendere siffatte particolari iscrizioni, senza richiederne l'analogo *patto espresso*, ma perchè di tal patto richiede l'osservanza nell'ultimo comma dello stesso articolo 2010, a proposito delle spese giudiziali; onde emerge chiaro il concetto, per l'intima connessione delle diverse parti dell'articolo, che la legge *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.* La differenza dunque che corre fra gl'interessi del cre-

dito e le spese dell'atto (non protetti dalla stessa ipoteca e dallo stesso grado della ipoteca del credito) sta in ciò: che le spese giudiziali possono essere garentite dallo stesso grado della ipoteca del credito, quando la espressa convenzione accordi questa estensione d'ipoteca, ed il creditore, iscrivendo il credito, iscriva contemporaneamente le spese giudiziali preventivamente concordate in una cifra approssimativa, o anche da lui solo arbitrariamente fissata a termine dell'art. 1992 (art. 2010 ultimo comma); mentre gl'interessi sono *ope legis* protetti dallo stesso titolo ipotecario del credito, senza bisogno di un patto espresso; ma cotesto titolo a lor riguardo non può iscriversi preventivamente, bensì soltanto dal momento della loro scadenza, volta per volta; in guisa che si avranno tante successive distinte iscrizioni, che prendono grado ciascuna dal suo proprio numero d'ordine (art. 2010 secondo comma, in fine).

2. Del resto, le speciali iscrizioni per i maggiori arretrati dovuti, le quali prendono grado dalla loro data, non possono mai pregiudicare la condizione del creditore, quando egli si trovi nella condizione di salvarli con lo stesso grado della iscrizione del credito. Così, supposto che nell'esempio più innanzi configurato Primo prenda iscrizione particolare al 1° del 1885 per gl'interessi maturati del 1883 e 1884; iniziata la espropriazione nel corso del 1885 con la trascrizione del precetto, Primo sarà collocato col grado della sua ipoteca del credito, portante la data del 1° del 1880, anche per quegl'interessi delle annate 1883 e 1884, malgrado la loro particolare iscrizione del 1° del 1885; la sua maggior diligenza non dovendogli essere di nocumento. Se Primo prendeva quella particolare iscrizione, era in previdenza che l'espropriazione contro il debitore si effettuerebbe molto più tardi; quando perciò gl'interessi del 1883 e 1884 sarebbero restati di più di due anni addietro all'annata in corso nel giorno della trascrizione del precetto; e quando, appunto per questo, non sarebbero stati più garentiti dal grado della iscrizione del credito.

3. Se il creditore ipotecario, *senza bisogno di patto espresso*, può prendere particolari iscrizioni per garentirsi ipotecariamente

gl'interessi del credito che risalgano a più di due anni addietro alla trascrizione del precetto, bene inteso però che coteste iscrizioni hanno grado soltanto dalla loro data e non da quella della iscrizione del credito; si domanda: se, *mercè un patto espresso*, il creditore possa garentirsi col grado della iscrizione del credito tutti indistintamente gl'interessi, decorrendi dal principio sino alla fine della loro produzione, salva la prescrizione quinquennale dell'art. 2144; facendo menzione nella iscrizione di cosifatta ampiezza di garentia ipotecaria accordatagli dal debitore. È da ritenere la negativa, non già in applicazione dei principii generali di diritto e dello stesso sistema ipotecario, ma per la interpretazione diretta del pensiero del legislatore sul proposto quesito. Difatti, mentre l'art. 2010 nel suo ultimo comma parla di una espressa convenzione, la quale estenda l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori di quelle indicate nel primo comma, e che sono *ope legis*, cioè senza bisogno di patto espresso, garentite dallo stesso grado della ipoteca del credito; tace, al contrario, di un'analoga espressa convenzione riguardo agl'interessi, maggiori di quelli che, a norma del secondo comma, sono protetti, o dallo stesso grado della ipoteca del credito, o da particolari iscrizioni, accese posteriormente, ma sempre in dipendenza dello stesso titolo ipotecario del credito. Or perchè il legislatore si sarebbe occupato di tale *espressa convenzione* solo in riguardo alle spese giudiziali, e non pure riguardo agl'interessi, se non per escluderne la validità rispetto a questi? Questo argomento *a contrario*, che noi desumiamo dal contesto dell'art. 2010, è rafforzato dalla circostanza di essersi nella primitiva formola del corrispondente articolo 1974 del progetto Pisanelli parlato del *patto espresso*, tanto riguardo a spese giudiziali, quanto riguardo ad interessi, che si volessero proteggere, con il grado della ipoteca del credito, in misura maggiore di quella che ne fosse protetta *ope legis*, senza bisogno cioè di speciale convenzione; mentre nella redazione definitiva del testo che comparve nel Codice, qual'è l'attuale articolo 2010, di espressa convenzione, di patto espresso, estendente gli effetti della ipoteca del credito, non si parlò più se non esclusivamente riguardo alle spese giudiziali. Quindi il silenzio riguardo agli

interessi non può spiegarsi per una dimenticanza del legislatore, bensì per un suo pensiero di esclusione, in quanto la sua attenzione era stata richiamata anche riguardo a quelli, trovandosi anzi di fronte ad una disposizione che già li ricordava, e che senza un motivo non avrebbe corretta e riformata. E questo motivo d'altronde può ben rinvenirsi nella considerazione, che, permessa la speciale convenzione di estendere la ipoteca del credito col suo grado d'iscrizione a tutti gl'interessi decorrendi, il creditore, sicuro di rimborsarsene sul valore dell'immobile ipotecato, non si darebbe premura di riscuoterli diligentemente alla loro scadenza; e quindi i terzi, come sarebbero gli altri creditori posteriormente iscritti, non dovendo supporre cotesta oscitanza, si troverebbero pregiudicati dal cumulo di molti interessi arretrati, che all'epoca della graduazione aumenterebbero la somma complessiva protetta dalla prima iscrizione, restando così essi incapienti per altrettanta somma, per quanta, contro la loro aspettativa, se ne avvantaggerebbe il creditore primo iscritto. A proteggere perciò sempre più la buona fede e la pubblicità nell'interesse dei terzi, la legge ha creduto prudente ed opportuno non riconoscere l'efficacia di quella convenzione.

4. Queste considerazioni non avrebbero luogo, e nemmeno saremmo più nei termini dell'art. 2010, quando gl'interessi non fossero esigibili periodicamente, ma solo unitamente al capitale, nel quale sarebbero così conglobati. Si contrae un mutuo per 20,000 lire con interesse al 6 %, ripetibile dopo dieci anni nella complessiva somma di 26,000, in capitale ed interessi; oppure in rate annuali di 2600 lire di ammortamento in capitale ed interessi. In tal caso la ipoteca protegge col grado della propria iscrizione tutta la somma di 26,000, quando, bene inteso, nella iscrizione è annunciata questa somma, o sono indicati gli elementi del contratto da cui essa risulta. Innanzi tutto non si potrebbe far rimprovero al creditore di non aver esatto gl'interessi alla scadenza, non essendovi per essi una scadenza diversa da quella del capitale; ed in secondo luogo gl'interessi nella nostra ipotesi assumono addirittura la figura giuridica di capitale, facendosene effettivamente dalle parti un'anticipata capitalizzazione,

che non ha niente di contrario alla legge, e che mette completamente i terzi sull'avviso dell'ammontare certo ed invariabile delle somme protette dalla iscrizione.

5. Dicasi altrettanto per un credito aperto in conto corrente, nel quale gl'interessi, che maturano sulle somministrazioni e sui versamenti del creditore e dell'accreditato, si confondono nella valutazione delle partite segnate a carico e discarico; in guisa che, nei limiti dell'ammontare del conto corrente indicati nella iscrizione, il creditore protegge col grado di questa tutto ciò che gli è dovuto, come risultato del rendiconto, a titolo e di somme realmente versate e d'interessi sulle medesime decorsi. Chiuso poi il conto corrente con una data somma a debito dell'accreditato, prima della espropriazione di questo, la iscrizione presa dal creditore a garentia di tutto l'ammontare del conto corrente si restringe naturalmente a proteggere la sola somma liquidata a debito dell'accreditato (art. 1997); ma da tal momento si rientra nella ipotesi comune di un credito ipotecario produttivo d'interessi determinati ed esigibili periodicamente al tasso legale commerciale del 6 %, salvo diversa speciale convenzione (art. 1831); epperò, a norma dell'articolo 2010, il creditore avrà diritto di essere collocato sul prezzo dell'immobile ipotecato, col grado della sua originaria iscrizione, e per quella somma residuale di credito capitale, e per le due annate d'interessi anteriori alla trascrizione del precetto, oltre tutte le successive.

6. L'art. 2010 parla soltanto di *capitale produttivo d'interessi*, mentre il corrispondente art. 2151 del Codice Napoleone fa menzione anche di capitale produttivo di *annualità* (*arrérages*), indicando con questa espressione i capitali investiti in rendite, o perpetue, o vitalizie. Si deve forse concluderne, che pel nostro Codice il creditore della rendita perpetua o vitalizia non possa proteggere con la sua ipoteca se non il solo capitale della rendita, e non le due annualità non riscosse anteriori alla trascrizione del precetto e le successive, salvo solo a lui il diritto di prendere speciali iscrizioni per

ciascuna annualità scaduta, e con effetto dalla loro data? Per quanto le disposizioni relative al diritto ipotecario siano di strettissima interpretazione, e per quanto è vero che la legge non chiama *interessi* le prestazioni periodiche, perpetue o vitalizie, dovute in dipendenza di una costituzione di rendita o di contratto vitalizio, ma bensì *rendita fondiaria*, *rendita semplice*, *censo*, *annualità*, *rendita annua*, *pensione* (art. 1778 a 1801); nondimeno non è possibile sottrarre al beneficio dell'art. 2010 coteste prestazioni, senza disconoscere la mente del legislatore. La diversità del nome non altera l'identità della sostanza; un capitale impiegato ad un modo dà un frutto che si chiama *interesse*, impiegato in un altro modo dà un frutto che si chiama *rendita;* ma e nell'un caso e nell'altro vi è un capitale produttivo di frutto periodico; ed essendo questo frutto l'*accessorio del principale* in entrambe le ipotesi, deve egualmente in entrambe le ipotesi seguire le sorti del principale, per quanto si attiene alla garentia ipotecaria contemplata nell'art. 2010. Il quale se parla soltanto di capitali produttivi d'interessi, è solo per aver considerato il modo più comune dell'impiego dei capitali, senza aver perciò voluto escludere l'altro; anche perchè a volersi opporre su tal riguardo al diritto anteriore gliene sarebbe mancato un sufficiente motivo, o per lo meno nei lavori preparatori ne avrebbe lasciato una qualche traccia di discussione.

Piuttosto è da fare qualche osservazione di merito riguardo alla rendita vitalizia, che si vorrebbe sottrarre al beneficio del secondo comma dell'art. 2010 per quest'altra ragione: che le pensioni cioè dovute al creditore, essendo prestate in compenso di un capitale dato *a fondo perduto*, non ne rappresentano soltanto il frutto, ma un vero e proprio ammortamento; in guisa che costituendo esse stesse altrettante somme capitali, non possono essere protette d'ipoteca se non in virtù di una iscrizione loro pertinente, e non come accessorii di un credito principale ipotecario. Di modo che ad ogni scadenza di annualità il creditore della rendita vitalizia, a proteggerla ipotecariamente ove subito non la riscuotesse, dovrebbe prendere una particolare iscrizione, fosse pure quella l'annualità in corso al giorno della trascrizione del precetto. Ora, tutto cotesto ragionamento è inesatto,

perchè nella costituzione di rendita, così perpetua che vitalizia, si ha sempre un capitale, per la garentìa del quale appunto si stabilisce e s'iscrive la ipoteca, come noi supponiamo; tanto vero che la legge parla sempre di un siffatto capitale nei diversi rapporti giuridici cui può dar luogo il contratto vitalizio (art. 1778 e 1779, 1782, 1789, 1797, 1798); le pensioni quindi, o periodiche prestazioni, benchè naturalmente calcolate in misura più larga, assumono quel carattere accessorio d'interessi, di cui si occupa l'art. 2010. D'altronde, a voler pure considerare le pensioni vitalizie come altrettanti divisi capitali dell'unico capitale dato a fondo perduto, si verrebbe a proteggerle anche più efficacemente che non faccia l'art. 2010, in quanto esse sarebbero tutte sin dal principio garentite col grado della iscrizione della ipoteca di tale unico capitale, nel quale si confonderebbero e si comprenderebbero; la circostanza che un credito iscritto non sia riscosso alla scadenza non privandolo certamente del beneficio di tale iscrizione.

7. Il credito ipotecario produttivo d'interessi può essere iscritto molto più tardi, quando cioè abbia già prodotto interessi. Saranno protetti dalla iscrizione del credito cotesti interessi già scaduti a quel tempo? L'art. 2010 parla degl'interessi che scadono dopo e non prima della iscrizione; e se pel favore dei terzi non protegge col grado della ipoteca del credito neppure tutti gl'interessi che maturano dopo la iscrizione, tanto meno poteva proteggere quelli ch'erano maturati prima. Però il creditore, all'atto della iscrizione del credito, ha diritto di comprendervi, *enunciandoli*, gl'interessi già scaduti, salvandoli così ipotecariamente col grado di tale iscrizione. Da una parte è salvo l'interesse dei terzi mercè la pubblicità dell'ammontare delle somme iscritte; e dall'altra parte il creditore non fa se non che quello che avrebbe avuto diritto di fare, ove avesse subito iscritto la ipoteca del suo credito; il diritto cioè di prendere particolari iscrizioni per tutti gli arretrati d'interessi dovutigli. Non è quindi se non nel caso che il creditore si limiti ad iscrivere il solo credito, che non può proteggere col grado della iscrizione di esso gl'interessi già scaduti a quel tempo.

8. Gl'*interessi degl'interessi* non possono mai essere protetti dal grado della iscrizione del credito, nè *ope legis* in forza del secondo comma dell'art. 2010, che parla esclusivamente degl'interessi del capitale, nè in forza di una speciale convenzione delle parti; la quale, se vedemmo non essere valida neppure per estendere il grado della ipoteca del credito a semplici interessi maggiori delle due annate anteriori alla trascrizione del precetto, tanto meno potrebbe avere efficacia rispetto agl'interessi degl'interessi. Tanto meno, diciamo, perchè questi aggraverebbero di più la posizione dei terzi e dei creditori posteriormente iscritti, e dei creditori chirografarii. Inoltre, la obbligazione degl'interessi sugl'interessi non sorge che dopo la scadenza di questi (art. 1232); onde qualsiasi convenzione a lor riguardo non è possibile se non dopo la loro scadenza (art. 1232); epperò la convenzione che volesse anticipatamente estendere la ipoteca del credito agl'interessi degl'interessi, che solo in quel momento cominciano a decorrere, sarebbe assolutamente nulla, e come convenzione costituente l'*anatocismo*, e come convenzione costituente l'ipoteca per una obbligazione non ancora esistente. E nemmeno potrebbe il creditore, in forza di quella convenzione, prendere una particolare iscrizione per gl'interessi degl'interessi, dopo che questi fossero scaduti; perchè quella convenzione è nulla per essere stata stipulata, come abbiam detto, prima del tempo in cui la legge ne permetteva la nascita.

9. La disposizione dell'art. 2010 è applicabile a qualsiasi specie d'ipoteca, non solo *convenzionale*, ma anche *giudiziale* e *legale*, non facendo la legge alcuna espressa distinzione, e tal distinzione essendo esclusa dal posto stesso occupato dall'art. 2010 sotto la rubrica *dell'ordine delle ipoteche*, comune a tutte le specie di essa. Perciò, un creditore chirografario, ottenuta sentenza di condanna del debitore al pagamento di somma mutuata con l'interesse del 6 %, iscrivendo la sua ipoteca giudiziale, ed enunciando nella iscrizione la misura degl'interessi convenzionali, si troverà da quel momento nella posizione di un creditore ipotecario per convenzione. Egualmente, ottenutasi sentenza di condanna al pagamento di una somma per rifacimento di danni, la ipoteca giudiziale garentirà col suo grado di

iscrizione al creditore le due annate d'*interessi legali* anteriori a quella in corso nel giorno della trascrizione del precetto e le successive. Anzi, in tal rincontro, egli non ha bisogno di enunciare nella iscrizione che la somma iscritta produce interessi, perchè il terzo, che non deve ignorare la legge, sa che la somma dovuta per condanna dal debitore produce interessi ed al tasso legale, ed il terzo vede appunto sui pubblici registri che la iscrizione è presa a titolo d'ipoteca giudiziale, in base a sentenza portante condanna a pagamento di somma (art. 1231 e 1987, n. 3).

Dicasi altrettanto delle ipoteche legali, di cui nei n. 1, 2 e 5 dell'art. 1969. Riguardo alla ipoteca legale della moglie, di cui nel n. 4 del detto articolo, la disposizione dell'art. 2010 non può riguardare che gl'interessi e i frutti della dote, dovuti dopo lo scioglimento del matrimonio (art. 1415). E rispetto alla ipoteca legale dei minori e degl'interdetti, la disposizione dell'art. 2010 non può concernere che gl'interessi delle somme, per le quali il tutore risulta debitore dal rendiconto della tutela (art. 302 e 308). Perocchè gl'interessi dei capitali e i frutti dei beni, che durante la tutela maturano a favore dell'amministrato, entrano volta per volta nel credito dell'amministrazione tutelare protetto dalla ipoteca legale, di cui nel n. 3 dell'art. 1969; e sono perciò garentiti come somma capitale col grado della originaria iscrizione ipotecaria, e nei limiti della somma enunciata nella iscrizione, come vedemmo per gl'interessi di un credito aperto in conto corrente.

Lezione Ventesimasesta

Sommario: Continuazione degli effetti della ipoteca nel rapporto fra i diversi creditori iscritti. — Della *surrogazione ipotecaria:* indole e costruzione dell'istituto, come *correttivo degli effetti rigorosi della indivisibilità della ipoteca, e del principio " prior in tempore potior in jure ".*

1. Il numero d'ordine della iscrizione, il quale stabilisce il grado della ipoteca, assicura al creditore, nei limiti indicati dall'articolo 2010, sul prezzo dell'immobile ipotecato la sua prelazione di fronte agli altri creditori, o chirografarii, o posteriormente iscritti. Cotesta prelazione poi ha luogo rispetto a *ciascuno* immobile ipotecato; sicchè, nel caso di più immobili ipotecati per lo stesso credito, e sui quali tutti si è eseguita contemporaneamente la iscrizione, si hanno come altrettante distinte ed indipendenti iscrizioni, collegate fra loro soltanto dalla identità del grado e dalla identità del credito. Onde nasce che il creditore può farle valere tutte contemporaneamente, o alcune, o una di esse separatamente dalle altre, a suo arbitrio ed a sua scelta; non solo il suo diritto di espropriazione non essendo limitato rispetto ai diversi immobili a lui ipotecati (art. 2080), ma quella sua libertà venendogli anche dal carattere indivisibile della garentia ipotecaria, pel quale tutti gl'immobili, e ciascuno degl'immobili, ed ogni parte di ciascuno degl'immobili ipotecati rispondono del pagamento del credito intero, al quale scopo è rivolta la espropriazione (art. 1965 e 2076). Ora, in applicazione appunto di cotesti due principii: la *indivisibilità della ipoteca*, e la *priorità del diritto ad essere soddisfatto sul prezzo dei beni ipotecati, in base all'anteriorità della iscrizione che li colpisce*, ne verrebbero conseguenze, altrettanto logiche, quanto riprovate dal sentimento dell'equità e della giustizia.

Suppongasi che *A* iscrive il suo credito di 50,000 lire, il 1° del 1880, sulla casa e sul podere del suo debitore, avendo ciascuno di questi immobili il valore di 50,000. *B* iscrive il suo credito di 50,000, il 1° del 1881, sulla casa; *C* il suo credito di 50,000, il 1° del 1882, sul podere. *A* espropria la casa ed il podere, e si fa collocare sul prezzo dell'una o dell'altro; oppure espropria soltanto la casa o soltanto il podere, e ne assorbe il prezzo. Se la sua collocazione ha luogo sul prezzo della casa, *B* rimane allo scoperto (art. 2029, n. 4 Cod. civ. e 720 Proc. civ.), mentre *C* si salva con la sua ipoteca sul podere, la quale, in seguito alla estinzione della ipoteca di *A* sullo stesso immobile (art. 2029, n. 1 e 2036), resta di primo grado. Se invece la collocazione di *A* ha luogo sul prezzo del podere, *B* sarà salvo e *C* resterà perdente, e per la medesima ragione del risultato contrario del caso precedente. Non sfugge al primo colpo d'occhio come la sorte di così gravi interessi di *B* e di *C* è tutta nelle mani di *A*, il quale, agisca a caso ed in piena buona fede, o per deliberato proposito a favore dell'uno piuttosto che l'altro dei due creditori, deciderà sempre col fatto suo della posizione di essi, iscritti entrambi posteriormente a lui. Ora la legge, per l'altezza stessa del suo ministerio, non può tollerare che l'azzardo o il capriccio di una persona valgano a sovvertire, rispetto ad un'altra persona, uno stato di cose obbiettivamente ragionevole; e quindi escogita i provvedimenti, che a questo assicurino il dovuto predominio. A ciò tende appunto l'istituto della *surrogazione ipotecaria*, di cui nell'art. 2011 del Codice civile.

2. La critica giuridica moderna ha spesso sulle labbra, con altre più peregrine, la parola « *costruzione giuridica degl'istituti* »; frase nuova di concetti vecchi. Se non che talvolta la critica, paga di cotesto lusso di linguaggio, trascura il fondo delle idee che vi si riferiscono, e ne vengon fuori *costruzioni*, più meccanicamente ingegnose, che sostanzialmente vere ed esatte. La costruzione giuridica dello istituto della surrogazione ipotecaria deve sopra tutto fondamentarsi sull'analisi e sulla osservazione di quegli elementi di fatto, che nella mente del legislatore ne hanno svegliato il primo e razio-

nale concetto; per poi adattarlo, con questi caratteri originarii predominanti, nel meccanismo del diritto positivo, più rigoroso ed angusto del campo del giure astratto, ma sempre da questo vivificato e regolato nei suoi movimenti.

Nel conflitto d'interessi configurato nell'esempio precedente, ciò che ha dovuto richiamare l'attenzione del legislatore è stata la *diversa disposizione dell'animo e della volontà*, con la quale *B* e *C* entravano in rapporti giuridici col loro debitore per un identico negozio da concludere. Una diversa disposizione di animo e di volontà. Difatti, quando *B* iscrive la sua ipoteca sulla casa, il 1° del 1881, a garentia del suo credito di 50,000, vede, è vero, che su questa stessa casa gravita una prima ipoteca di *A*, pure di 50,000; ma vede anche che costui ha un'altra prima ipoteca sul podere, sufficiente a garentirgli il credito. *B* deve quindi ragionevolmente pensare e sperare che *A* andrà a pagarsi piuttosto sul podere anzichè sulla casa, una volta che costui a tal modo, facendo salvo il proprio interesse, non pregiudica quello del suo consorte. In sostanza *B* vede che, malgrado la doppia iscrizione di *A* sulla casa e sul podere del debitore, cotesti due immobili, del valore complessivo di 100,000, non sono a lui impegnati che per la minor somma di 50,000, ammontare del credito di *A*; epperò sul loro restante valore di 50,000 può fare assegnamento egli, che primo, dopo l'altro, viene a stabilirvi la garentia del suo credito. *C* invece, quando iscrive la sua ipoteca sul podere, il 1° del 1882, a garentia del suo credito di 50,000, vede che su questo stesso podere gravita una prima ipoteca di *A*, pure di 50,000; nè può ragionevolmente pensare e sperare che *A*, avendo un'altra prima ipoteca sulla casa, andrà a pagarsi piuttosto sul prezzo di questa, onde lasciare a lui disponibile il prezzo del podere; perchè egli vede anche, al momento della sua iscrizione, che su quella casa gravita altresì una seconda ipoteca di *B*; e che se in conseguenza *A* trasporterà la sua prelazione sul prezzo della casa, vi sarà un'altra vittima di quello stesso pericolo ch'egli vuol evitare, scaricandolo sulle spalle altrui. In questo voler *C* scongiurare per sè un danno che si riverserebbe sopra di *B*, non vi è ombra di giustizia e di ragionevolezza di pretesa; perocchè l'imprudente è stato egli solo,

che acquistava un'ipoteca, quando vedeva già ipotecariamente impegnato tutto il complessivo patrimonio di 100,000 del debitore, per la garentia del credito di 50,000 di *A*, e del credito di 50,000 di *B*.

Nè si dica che per i principii positivi, sin qui a noi noti, del regime ipotecario, *C* si trovi rispetto al podere nella identica posizione di *B* rispetto alla casa, come cioè creditori aventi ciascuno una seconda ipoteca sopra distinti immobili; e dovendo quindi per lo meno correre entrambi l'alea della sorte, dipendente dall'operato di *A*. Perocchè la nostra questione sta appunto nel preparare al regime ipotecario un terreno, nel quale quei due principii, a noi noti, della *indivisibilità* e del « *prior in tempore potior in jure* », trovino una limitazione di sviluppo, e si adattino ad una funzione che meglio risponda alle esigenze razionali della giustizia. Limitazione ed adattamento che il legislatore italiano infatti ha voluto, come or ora vedremo, e dei quali noi pel momento vogliamo scoprire e determinare la ragione intima, che ci darà la chiave per fissarne l'orbita d'azione.

3. Ritorniamo intanto allo stato di cose, che si presentava nel diritto anteriore, di fronte al conflitto tra i creditori *A*, *B* e *C*, che abbiamo immaginato. La dottrina e la giurisprudenza protestavano, per il fondo delle ragioni da noi esposte, contro l'incapienza di *B* ed il soddisfacimento di *C*, in seguito al partito che prendeva *A* di farsi collocare sul prezzo della casa piuttosto che su quello del podere; e venivano escogitando fra le pieghe ed i ripieghi della legge quei rimedii, che non vedevano nella sua esplicita parola; rimedii perciò, che quando non erano efficaci allo scopo, erano arbitrarii.

Così, si proponeva, sull'esempio del *jus offerendi* romano, che *B* pagasse *A*, onde, venendo surrogato a termine del n. 1 dell'art. 1253 nella ipoteca di costui sul podere, egli salvasse il suo credito originario con la sua propria ipoteca sulla casa, la quale ipoteca, dopo soddisfatto *A*, resterebbe la prima iscritta; e salvasse il suo nuovo credito, nascente dal pagamento fatto ad *A* per il debitore comune, con la ipoteca prima iscritta di *A* sul podere, nella quale egli otteneva la surrogazione legale. Ma questo rimedio suppone appunto da parte di *B* il sacrifizio di uno sborso di danaro, di un'anticipazione

di fondi, che non sempre egli si troverebbe in condizione e nella facoltà di compiere! Altri si spingeva a sostenere, per eliminare la suddetta difficoltà, che *A*, pagandosi sul prezzo della casa, dovesse considerarsi *come* pagato col danaro di *B*, il quale sulla casa aveva una seconda iscrizione, anteriore però in data a quella di *C* sul podere; onde così appunto accordare a *B* la surrogazione legale del n. 1 dell'art. 1253. Ma appunto perchè questo pagamento di *A* col danaro di *B* sarebbe una *finzione*, non potrebbe essere ammessa a favore di costui la surrogazione legale del n. 1 dell'art. 1253, non potendosi interpretare ed applicare estensivamente ed analogicamente un istituto di *jus singulare*, qual è quello della surrogazione legale, di cui sono tassativamente enumerati i casi e stabilite le condizioni; fra le quali quella che il surrogante *paghi di suo* il surrogato! Nè infine mancò chi volle ravvisare nel puro interesse di *B* il suo diritto di pretendere che *A* si rivolgesse piuttosto sul podere che sulla casa; ma urtando naturalmente contro il principio della indivisibilità ipotecaria, ed introducendo un nuovo arbitrario *beneficium excussionis*, di cui la legge non presentava alcuna traccia!

Le prime leggi, che pertanto si volsero a risolvere direttamente il problema, com'era necessario, furono: quelle speciali toscane del 27 luglio 1818 e 25 dicembre 1819, riprodotte poi nella legge generale ipotecaria toscana del 2 maggio 1836; lo statuto ipotecario piemontese del 16 luglio 1822; ed il Codice Albertino all'art. 2350, sul quale fu modellato l'art. 2011 del nostro Codice civile.

4. Ed il problema il nostro legislatore lo ha risolto a questo modo. *A*, creditore primo iscritto sulla casa e sul podere, conserva integra la sua facoltà di espropriare quale di questi due immobili più gli convenga; o, espropriandoli entrambi, di farsi collocare sul prezzo di uno dei due che meglio creda. Ma al tempo stesso, *B* creditore secondo iscritto sulla casa, ed iscritto prima di *C*, che è creditore secondo iscritto sul podere, se resta spogliato della sua ipoteca sulla casa in seguito alla espropriazione fattane da *A*, o perdente sul prezzo della medesima per essersi su di esso fatto collocare *A* primo iscritto, viene surrogato di pieno diritto nella ipoteca prima iscritta

di *A* sul podere, o vien collocato col grado di costui sul prezzo di esso, assicurandosi a tal modo la prelazione ipotecaria sopra *C*. Il quale in sostanza verrà così a trovarsi in quella identica posizione, in cui si sarebbe trovato se *A* avesse espropriato il podere piuttosto che la casa, o si fosse fatto collocare sul prezzo di quello, espropriando l'uno e l'altra. In altri termini, la surrogazione ipotecaria ha luogo a favore di un creditore ipotecario, che resta perdente sul prezzo dello immobile a lui ipotecato, per esser questo prezzo assorbito da un creditore iscritto anteriormente a lui anche sopra altri immobili del debitore, contro un altro creditore iscritto posteriormente a lui sopra cotesti immobili. Ciò che risponde appunto allo scopo dello istituto, come noi lo siam venuti determinando; lo scopo, cioè, di conservare, il più che sia possibile, a ciascuno dei varii creditori iscritti sui beni del loro debitore la posizione di diritto e di fatto, che essi avevano acquistato rispetto al suo patrimonio immobiliare nel momento che entravano con lui in rapporti giuridici; posizione che vedemmo meritevole di tanto maggior favore per *B* anzichè per *C*, quando la iscrizione dell'uno sulla casa era stata accesa prima che la iscrizione dell'altro sul podere, benchè entrambe accese dopo la iscrizione di *A* sulla casa e sul podere.

5. Cotesta genealogia delle idee di ragion pura e di ragion pratica, che l'interprete ricostruisce nella mente del legislatore in presenza del provvedimento dell'art. 2011, non deve da lui esser perduta di vista nemmeno nella *costruzione giuridico-legale* dell'istituto; necessaria per applicarlo a quelle ulteriori e secondarie combinazioni, nascenti dal conflitto d'interessi fra più creditori iscritti sopra diversi immobili, alle quali il legislatore non ha rivolto direttamente la sua attenzione e la sua parola; ma che non pertanto devono rientrare nella sfera espansiva d'azione dell'istituto medesimo, ch'esso organizzava in vista della combinazione principale e più semplice del conflitto.

Onde da questo punto di vista a noi sembra sbagliato il procedimento di alcuni interpreti, che cominciano con lo studiare l'istituto della *surrogazione ipotecaria* in *relazione logica* all'istituto della

surrogazione legale per pagamento, di cui nell'art. 1253, n. 1, per ravvisare nell'uno una *estensione* dell'altro. Mentre il vero si è, che la surrogazione ipotecaria, di cui nell'art. 2011, è un istituto avente una propria fisonomia, un proprio contenuto, ed un proprio scopo, affatto distinti ed indipendenti da quelli della surrogazione legale per pagamento, di cui nell'art. 1253; le affinità o simiglianze fra l'uno e l'altro essendo puramente esteriori ed accidentali, ma niente affatto intrinseche e sostanziali, come or ora dimostreremo. Che storicamente l'istituto della surrogazione ipotecaria, nel movimento della dottrina e della giurisprudenza, lo si vede riannodato all'istituto della surrogazione legale per pagamento (sino al punto anzi che nel diritto anteriore, mancando una disposizione simile a quella del nostro art. 2011, lo si voleva ammettere come già contenuto virtualmente nella disposizione simile a quella del nostro articolo 1253, n. 1), si spiega appunto per cotesto bisogno, che avvertiva la pratica e la scienza, di trovare un *punto di appoggio* per dar sfogo ai suoi desiderati, e che rinveniva in quella estensione della surrogazione legale con pagamento, che prima e più spediente si presentava d'innanzi ai suoi occhi. Si spiega anche per la tendenza della scienza alla sistemazione delle categorie, e quindi all'adattamento ed all'inquadratura di un nuovo istituto sul piano di un vecchio, che presenta alcune linee similari. Ma tutto questo non giustifica affatto che cotesto nuovo istituto della surrogazione ipotecaria debba svolgersi effettivamente con un ritmo di movimento, che gli sia comunicato dal vecchio istituto della surrogazione legale per pagamento. Un tale presupposto porterebbe immediatamente a delle conseguenze che contraddirebbero alla origine prima ed informatrice dell'istituto, e che perciò trova in questa contraddizione la sua condanna, non dovendo l'interprete intessere le fila della legge come quelle della tela di Penelope.

6. Il punto di partenza intanto dei due istituti è materialmente ed economicamente diverso.

a) Il creditore posteriormente iscritto, che vuole ottenere la surrogazione legale nel posto del creditore anteriore, di cui nel n. 1 dell'art. 1253, deve *pagare effettivamente di suo* questo creditore

deve fare un'anticipazione di fondi, uno sborso di danaro. Al contrario, il creditore surrogato ipotecariamente a norma dell'art. 2011 *niente ha bisogno di metter fuori di sua tasca.*

b) Il creditore che paga un creditore anteriormente iscritto, facendo un suo personale sacrificio, è surrogato *in tutti i diritti*, e non pure soltanto nella ipoteca, del creditore soddisfatto (art. 1251 e 1253, n. 1); mentre il creditore surrogato a termine dell'art. 2011, non pure non lo è se non rispetto *alla sola ipoteca* del creditore anteriormente iscritto, ma anche è surrogato ipotecariamente nei *limiti della concorrenza* fra il valore della propria ipoteca e quella del creditore anteriormente iscritto, come più chiaramente spiegheremo in seguito.

c) Gode della surrogazione legale per pagamento *qualunque creditore* del comune debitore, che paghi un altro creditore, il quale ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi ed ipoteche; e quindi in questi privilegi ed in queste ipoteche del creditore soddisfatto è surrogato anche il semplice *creditore chirografario* che paga, e che perciò farà valere in suo vantaggio quei privilegi e quelle ipoteche *eziandio contro altri creditori, i quali, prima della surrogazione, avevano diritto di essergli preferiti* in virtù dei loro privilegi e delle loro ipoteche, meno poziori di quelli del creditore soddisfatto (art. 1253, n. 1). Al contrario, non può essere surrogato ipotecariamente se non quel *creditore perdente*, che rispetto al creditore utilmente collocato trovasi, subito dopo, il *primo iscritto cronologicamente*, e non può quindi far valere la surrogazione che *soltanto contro gli altri creditori iscritti cronologicamente dopo di lui* (art. 2011).

d) Di più, noi vedremo che la surrogazione ipotecaria, quella propria di cui nell'art. 2011, diversa dalla surrogazione legale per pagamento, di cui nel n. 1 dell'art. 1253, dal nostro legislatore è ammessa anche nel rapporto fra i diversi acquirenti di diversi immobili, ipotecati per lo stesso debito dal comune loro alienante; *surrogazione ipotecaria, di cui nel capoverso dell'art.* 2022, diversa alla sua volta dalla *surrogazione legale per pagamento, di cui nel n.* 2 *dell'art.* 1253.

7. Stabilite queste fondamentali ed intrinseche differenze fra le due surrogazioni, la costruzione giuridica della surrogazione ipotecaria non può adagiarsi sopra criterii di maggiore o minore *estensione* della surrogazione legale per pagamento; come neppure può dirsi, che, mantenuta fra loro la relazione del comune fondamento, la divergenza si riveli nel carattere subbiettivo dell'una ed obbiettivo dell'altra; che cioè, mentre nella surrogazione legale per pagamento vi ha *sostituzione subbiettiva di persone*, il surrogante acquistando i *diritti del surrogato* quali a costui competono; nella surrogazione ipotecaria invece vi ha una *sostituzione obbiettiva d'ipoteche*, il surrogante trasportando la *sua ipoteca col suo proprio grado* sui beni ipotecati al surrogato. Perchè eziandio questo concetto è più specioso che vero, non essendo necessario a spiegare certi effetti della surrogazione ipotecaria; ed alla quale perciò si può attribuire anche un carattere subbiettivo, quantunque più limitato, senza per questo renderla un istituto che scaturisca dalla surrogazione per pagamento.

Noi quindi verremo svolgendolo nei suoi varii incontri ed atteggiamenti, con la guida della parola della legge quale trovasi formulata nell'art. 2011, e con la logica di quei criterii e di quelle idee concrete di ordine morale-giuridico, dai quali vedemmo esser stato mosso il legislatore nel dettare il provvedimento della surrogazione ipotecaria. Di cui perciò noi potremo meglio in ultimo cogliere il positivo carattere di istituto autonomo, innestato e coordinato esclusivamente al regime ipotecario; anzi a quella parte del sistema ipotecario, che concerne gli effetti delle ipoteche relativamente all'ordine delle iscrizioni.

Lezione Ventesimasettima

Sommario: Continuazione della surrogazione ipotecaria: *dell'ordine col quale essa si svolge fra i diversi creditori iscritti.* — Esplicazione del concetto della surrogazione ipotecaria come vera e propria *sostituzione d'ipoteca ad ipoteca*, e non come *trasporto della stessa ipoteca da fondo a fondo.*

1. Determiniamo anzi tutto a favore di quali persone si produce il beneficio della surrogazione ipotecaria, val dire in quale ordine esso si svolge fra i diversi creditori iscritti del comune debitore, l'istituto restando nell'argomento dell'*ordine delle ipoteche*, sotto il quale trovasi allogato (art. 2007 a 2012).

« Il creditore avente ipoteca sopra uno o più immobili, qualora si trovi perdente per essersi sul prezzo dei medesimi soddisfatto un creditore anteriore, la cui ipoteca si estendeva ad altri beni, s'intende surrogato nell'ipoteca che apparteneva al creditore soddisfatto; e può far eseguire la relativa annotazione, com'è stabilito nell'articolo 1994, all'effetto di esercitare l'azione ipotecaria sopra gli stessi beni, *e di essere preferito ai creditori posteriori alla propria iscrizione. Lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione* » (art. 2011 primo comma). Così noi vedemmo che *B*, rimasto perdente sul prezzo della casa, per essersi su di questo pagato *A* creditore primo iscritto, era surrogato nella ipoteca di costui sul podere, per pagarsi sul prezzo di questo *preferibilmente* a *C*, creditore iscritto sul podere *posteriormente* alla sua iscrizione sulla casa. Come pure vedemmo che *C* rimasto perdente sul prezzo del podere, per essersi sul prezzo del medesimo pagato *A* creditore primo iscritto, non era surrogato nella ipoteca di costui sulla casa, sul prezzo della quale perciò non poteva pretendere di essere soddisfatto preferibilmente a *B*, creditore iscritto sulla casa

anteriormente alla sua iscrizione sul podere. Ma se noi aggiungiamo un quarto creditore *D*, iscritto sull'opificio del comune debitore in data 1° del 1883, e sul quale opificio immaginiamo iscritto anche *A* sempre in data del 1° del 1880, ove *C* resti perdente sul prezzo del podere per essersi su questo pagato *A*, egli, pur non ottenendo la surrogazione nella ipoteca di costui sulla casa contro *B*, otterrà la surrogazione nella ipoteca di *A* sull'opificio contro *D;* perchè questi è creditore iscritto *posteriormente* a lui sui beni del debitore, come abbiamo supposto. In tal caso si rientra nei precisi termini della prima parte del primo comma dell'art. 2011, il quale non parla della surrogazione del secondo creditore contro il terzo, e non del terzo contro il quarto, bensì del creditore contro l'altro iscritto *posteriormente;* ed il quarto creditore iscritto è appunto *posteriore* rispetto al terzo, come questi lo è rispetto al secondo. D'altronde concorre perfettamente la identica *ratio legis.*

2. Ma v'ha di più. *C* otterrebbe la surroga nella ipoteca di *A* sull'opificio contro *D* anche in quest'altra ipotesi. *A* si paga sulla casa, sul prezzo della quale rimasto perdente *B*, questi è surrogato nella ipoteca di *A* sul podere e sull'opificio; ma *B* preferisce pagarsi sul podere, sul prezzo del quale perciò *C* rimane perdente, e quindi è surrogato nella ipoteca di *A* sull'opificio già passata a *B* per surrogazione, ottenendo a tal modo di pagarsi sul prezzo dell'opificio preferibilmente a *D*, iscritto dopo di lui. Ecco appunto quello che vuol dire l'art. 2011 in fine del primo comma: « *lo stesso diritto spetta ai creditori perdenti in seguito alla detta surrogazione* ». In altri termini, la surrogazione ipotecaria ha luogo da creditore a creditore, secondo l'ordine cronologico delle loro iscrizioni, indipendentemente dai beni sui quali sono accese; in guisa che la stessa ipoteca può, per successive surrogazioni, far passaggio a più creditori gradatamente dal più antico al più recente.

3. Però non è a credere che un *terzo* creditore in data d'iscrizione non possa venire surrogato se non nelle ipoteche del *primo*, abbiano o no queste fatto alla lor volta passaggio nel *secondo*

creditore, come si è visto nei due esempi precedenti. Il terzo creditore invece può ottenere la surrogazione anche nella ipoteca che spettava originariamente al secondo e non al primo. *A* iscritto sulla casa e sul podere; *B* iscritto sul podere e sull'opificio; *C* iscritto sul podere; *D* iscritto sull'opificio. *A* si paga sulla casa; *B* si paga sul podere, sul prezzo del quale perciò *C* resta perdente; ma siccome appunto *B*, se avesse voluto, avrebbe potuto pagarsi sul prezzo dell'opificio, lasciando a *C* il prezzo del podere; così costui è surrogato nella ipoteca di *B* sull'opificio, malgrado che *A*, primo creditore, non abbia mai avuto ipoteca su questo stabile. Anche qui si rientra nei precisi termini della prima parte del primo comma dell'articolo 2011, il quale non parla nè di un *primo* nè di un *secondo* o *terzo* creditore iscritto, ma bensì di creditore *anteriore* e *posteriore*, quale che sia il punto della serie da cui cominci la gradazione per dar luogo alla surrogazione. Concorre sempre anche l'identica ragione della legge; perchè *C* si trova rispetto a *B* nella medesima posizione che costui rispetto ad *A*; e come *B* ha diritto di essere surrogato nelle altre ipoteche di *A*, quando pel fatto arbitrario di costui resta perdente sul prezzo di un immobile ad entrambi ipotecato, così *C* ha diritto di essere surrogato nelle altre ipoteche di *B*, quando pel fatto arbitrario di costui resta perdente sul prezzo dell'immobile del pari ipotecato a tutti e due.

4. La surrogazione ipotecaria non può mai prodursi contro lo stesso creditore evincente, come pare persino incredibile abbia potuto sostenersi innanzi i tribunali. *A* iscritto pel suo credito di 50,000 sulla casa del debitore del valore di 40,000 e sul podere del valore di 40,000; *B* (l'ordine delle lettere dell'alfabeto indica l'ordine cronologico delle iscrizioni dei diversi creditori, che esse lettere rappresentano) iscritto sulla casa pel suo credito di 40,000; *C* iscritto sul podere pel suo credito di 40,000. *A* espropria la casa, il cui prezzo di 40,000 non arriva a coprire il suo credito, occorrendo un supplemento di 10,000. Ora, sino a quando *A* non si sarà pagato di questi 10,000 sul prezzo del podere, *B* non potrà pretendere di essere surrogato nella ipoteca di *A* sul podere, per assorbirne egli

il prezzo di 40,000, lasciando *A* allo scoperto per quel residuo credito di 10,000. La pretesa di *B* sarebbe semplicemente assurda. La surrogazione ipotecaria, per il suo principio direttivo e per la esplicita parola della legge, non può esercitarsi che contro un creditore iscritto *posteriormente* al surrogante, mentre *A* è iscritto anteriormente a costui, tanto vero ch'è il fatto di *A* appunto quello che provoca la surrogazione a favore di *B!* La ipoteca di *A* sulla casa e sul podere per la sua indivisibilità conserva la propria efficacia sino all'integrale pagamento del credito; e non si vede d'onde mai *B* possa attingere motivo per goder lui del beneficio di un'ipoteca, che serve ancora a garentire colui il quale la stipulava nel suo interesse. La surrogazione ipotecaria è un istituto cui il creditore primo iscritto resta estraneo, la sua posizione continuando ad essere governata dai principii generali del sistema ipotecario, e particolarmente da quello dalla sua piena libertà di azione nella scelta dell'immobile ipotecato su cui iniziare la espropriazione. Perciò *A* non arrivato a pagarsi sulla casa, che ha creduto espropriare per prima, espropriera il podere per soddisfarsi integralmente sul prezzo di questo; come, se avesse espropriato prima il podere, non gli si sarebbe certo potuto impedire di espropriare poi la casa, onde conseguire il pieno e completo pagamento delle sue ragioni sul prezzo di essa.

La massima « *nemo videtur cessisse contra se* » applicabile nella surrogazione per pagamento, *a fortiori* s'impone nella surrogazione ipotecaria, nella quale mai alcun rapporto di diritto s'impegna direttamente e personalmente fra surrogante e surrogato, che possono anche non essersi mai conosciuti ed incontrati. Epperò, nell'esempio configurato, *B*, non solo non può pretendere di essere soddisfatto del suo credito di 40,000 sul corrispondente prezzo del podere, sul quale avrebbe acquistato per surrogazione la ipoteca di *A*, e lasciando così incapiente il surrogante per 10,000; ma non può neppure pretendere di *concorrere* con costui sul prezzo di 40,000, in proporzione dei loro rispettivi crediti, l'uno residuale di 10,000, l'altro originario di 40,000, invocando il capoverso dell'articolo 1254, inapplicabile nella subbietta materia.

5. Se il creditore evitto *B* non può far valere la surrogazione ipotecaria contro il creditore evincente *A*, per il pagamento del credito che ha provocato la surrogazione, può però esercitarla contro di lui per un altro credito che questi abbia iscritto posteriormente. *A* iscritto per un credito di 50,000 sulla casa e sul podere, del complessivo valore di 80,000, in data del 1° del 1880. *B* iscritto sulla casa per un credito di 30,000, in data del 1° del 1881. *A* iscritto sul podere anche per un altro suo credito di 30,000, ma in data del 1° del 1882. *A* pel suo primo credito di 50,000 espropria la casa ed il podere, assorbendo tutto il prezzo dell'una e 10,000 del prezzo dell'altro. Allora *B* è surrogato nella prima ipoteca di *A* sul podere, sul rimanente prezzo del quale in 30,000 egli è collocato integralmente pel suo credito, in preferenza del secondo credito di *A* di 30,000 iscritto con la data del 1° del 1882; perfettamente come se questo secondo credito di *A* fosse un primo credito di *C* iscritto con la stessa data del 1° del 1882, concorrendo lo spirito e la lettera della legge per dar luogo alla surrogazione.

6. La surrogazione ipotecaria non ha efficacia che nei limiti del valore della ipoteca del creditore surrogato, cioè del creditore soddisfatto. *A* ha un'ipoteca pel suo credito di 50,000 sulla casa del valore di 50,000 e sul podere del valore di 60,000. *B* ha un'ipoteca pel suo credito di 60,000 sulla casa. *C* un'ipoteca pel suo credito di 60,000 sul podere. *A* si paga sulla casa, e *B* è surrogato nella ipoteca di *A* sul podere; ma questa surrogazione egli non può farla valere che per 50,000, valore della ipoteca di *A* sul podere, e non per 60,000, valore del suo credito ipotecario iscritto sulla casa; di modo che deve lasciare a *C* 10,000 sul prezzo del podere. Il qual risultato si giustifica per la considerazione che la surroga ipotecaria ha per unico scopo il conservare, più che sia possibile, la condizione originaria dei diversi creditori, e non già migliorarla a favore degli uni col detrimento degli altri. Se *A* avesse espropriato il podere del valore di 60,000, dopo essersi pagato del suo credito di 50,000, avrebbe lasciato a *C*, creditore secondo iscritto sul podere, 10,000; ed a *B* sarebbe rimasta la sua ipoteca sulla casa del valore di 50,000

pel suo credito di 60,000, in modo che costui avrebbe egualmente subita una perdita di 10,000. Ora la surrogazione ipotecaria tende precisamente a mantenere quei risultati, che si sarebbero verificati ove il primo creditore si fosse fatto pagare sul prezzo dell'immobile, che, dopo di lui, veniva ipotecato ad un creditore più recente. In fondo *B* paga il fio della sua imprudenza, perchè egli si contentava d'iscrivere per un credito di 60,000 la ipoteca sopra un immobile, che ne valeva appena 50,000.

7. Il qual risultato, accettato senza seria controversia, comincia già a provare la verità di quanto dicevamo nella precedente Lezione, che cioè la surrogazione ipotecaria consiste veramente nella sostituzione del surrogante nella ipoteca del surrogato, e non in un semplice trasporto della ipoteca del creditore perdente dai beni, sui quali era impressa la sua ipoteca, sui beni nei quali era impressa la ipoteca del creditore soddisfatto; perchè, data quest'ultima costruzione, non si vedrebbe come la ipoteca di *B* di 60,000 sulla casa del valore di 50,000 non si dovesse trasportare per tutti i 60,000 sul podere, una volta che questo stabile presenta la debita capienza di 60,000. Invece, secondo la nostra costruzione, la limitazione è naturale; in quanto il surrogante non può pretendere un'ipoteca più lata di quella del surrogato, nella quale è *sostituito;* e se *A* aveva ipoteca per soli 50,000, *B*, che riceve dalla legge *questa ipoteca*, non può riceverla di un valore diverso.

Il concetto della surrogazione ipotecaria come *trasporto della ipoteca del creditore evitto col suo proprio grado sui beni colpiti già dalla ipoteca del creditore evincente*, e non come vera e propria *sostituzione della ipoteca del creditore evitto a quella del creditore evincente sugli altri beni da costui non espropriati*, lo si è voluto introdurre per spiegare la limitazione della surroga a favore del creditore evitto soltanto contro altri creditori iscritti posteriormente a lui. Si è detto: quando *A* iscritto sulla casa e sul podere in data del 1° del 1880, espropria la casa sulla quale è iscritto *B* in data del 1° del 1881, anzichè il podere sul quale è iscritto *C* in data del 1° del 1882; *B* otterrà la surrogazione contro *C*, perchè

egli, trasportando dalla casa, sul prezzo della quale è rimasto perdente, la sua ipoteca del 1° del 1881 sul podere, si troverà anteriore in data alla iscrizione di *C* sullo stesso podere, la quale è del 1° del 1882; e quindi pel principio « *prior in tempore potior in jure* » *B* sarà preferito a *C*. Che se invece *A* espropria il podere, sul prezzo del quale perciò *C* resta perdente, costui, trasportando la sua ipoteca del 1° del 1882 dal podere sulla casa, si troverà sempre posteriore in data alla ipoteca di *B* sulla stessa casa, la quale ipoteca è iscritta il 1° del 1881; e quindi la surrogazione ipotecaria, che consiste in questo trasporto, non produrrà effetti utili, o in altri termini sarà come se non avesse luogo. Al contrario, considerando la surrogazione ipotecaria come sostituzione d'ipoteca ad ipoteca, *C*, rimasto perdente sul prezzo del podere, venendo sostituito ad *A* nella ipoteca di costui sulla casa iscritta il 1° del 1880, otterrebbe la preferenza sopra *B*, iscritto sulla casa stessa il 1° del 1881, sempre in applicazione del principio « *prior in tempore potior in jure* ». Ma è manifesto, noi osserviamo, come per evitare questo risultato, non è necessario ricorrere a quell'artificioso concetto del trasporto d'ipoteca da fondo a fondo, quando è la legge essa stessa che dice non poter aver luogo la surrogazione ipotecaria se non contro creditori iscritti *posteriormente* al creditore evitto! La limitazione dunque è nel comando diretto e preciso della legge; e la ragione intima di questo comando è riposta in quelle considerazioni di equità, di giustizia e di logica, che noi vedemmo costituire il fondamento dello istituto della surrogazione ipotecaria. Il vero dunque è che la legge accorda ad un creditore il *beneficium* e lo nega ad un altro, e non già che, accordandolo a tutti, per alcuni soltanto lo renda proficuo e per altri lo paralizzi e lo atrofizzi! Non si comprende come per giungere alla stessa mèta si ha da prendere la via più lunga e tortuosa, e non la più breve e la diritta; quando poi quella ad ogni passo presenta altri ostacoli, che maggiormente vi allontanano dal punto di arrivo e di partenza.

Noi non possiamo neppure immaginare che quella costruzione sia diretta ad evitare l'obbiezione: che *A*, pagatosi sulla casa o sul

podere, abbia perduto la sua ipoteca sul podere o sulla casa, per la stessa estinzione del suo credito (art. 2029, n. 1), e che perciò nemmeno B potrebbe ottenere contro C la surrogazione ipotecaria, non potendo egli essere sostituito in una ipoteca che più non esiste. Perocchè questo è un argomento che prova troppo, in quanto mercè sua non potrebbe mai prodursi nemmeno la surrogazione legale per pagamento, ed a rigor di termini nemmeno la surrogazione convenzionale per pagamento! La legge per raggiungere il suo scopo, e nella surrogazione per pagamento, e nella surrogazione ipotecaria, sospende quella estinzione d'ipoteca che si verifica normalmente negli altri casi; non diversamente che la legge sospende talvolta la perdita di altri diritti, la quale normalmente è prodotta da un dato fatto (art. ed arg. art. 2017, 1236, 664, 2029, ecc.). È insita al meccanismo della legge una certa elasticità dei suoi stessi fondamentali principii, senza della quale ci troveremmo spesso di fronte al « *summum jus, summa injuria* ». L'importante ed il necessario è che noi scopriamo nella stessa legge la sua chiara e determinata volontà di adattare e di modificare quei principii, per la tale e tal'altra congiuntura; ma appurata la mente del legislatore, l'interprete deve applicarla con quei criterii che più direttamente e più semplicemente rispondono allo scopo dell'istituto.

Ad ogni modo, se la sostituzione d'ipoteca ad ipoteca, pure urtando contro un concetto astratto di diritto, riceve una sufficiente spiegazione in una finzione di sopravvivenza d'ipoteca già estinta, ed oltre a ciò spiega alla sua volta certi altri effetti della surrogazione ipotecaria; il trasporto d'ipoteca invece da fondo a fondo, mentre riposa pur esso sopra una finzione, è inconciliabile con altri risultati dell'istituto; fra i quali quello testè osservato della limitazione della preferenza ipotecaria del surrogante entro i confini del valore della ipoteca del surrogato. Ed ora vedremo anche come da altri argomenti emerge sempre più chiaro il concetto della surrogazione ipotecaria quale sostituzione di un creditore nella ipoteca di un altro creditore, per opera di cui egli ha perduto il beneficio di quella che gli competeva personalmente.

8. Perchè il creditore, rimasto perdente sul prezzo dell'immobile a lui ipotecato, possa essere surrogato nella ipoteca del creditore soddisfatto, iscritta sopra altri beni del debitore, è necessario supporre che cotesta ipoteca sussista al momento in cui si verifica l'evento, il quale astrattamente considerato dà luogo alla surrogazione. In caso contrario, la posizione del creditore evitto resta irrimediabilmente pregiudicata. *A*, prima di espropriar' la casa, ha consentito la cancellazione della sua ipoteca sul podere, sul quale in conseguenza resta creditore primo iscritto *C*. *B*, rimasto perdente sul prezzo della casa espropriata da *A*, non può pretendere di essere surrogato ipotecariamente sul podere; perchè la ipoteca di *A* sul podere nella quale egli vorrebbe essere sostituito, e nella qual sostituzione consiste la surrogazione ipotecaria, già aveva cessato di esistere, prima ancora che di surrogazione si potesse parlare; ed è inconcepibile una *sostituzione* senza i correlativi *termini da sostituire l'uno all'altro*. Epperò, quantunque *B* sia iscritto sulla casa in data del 1° del 1881, e *C* sul podere in data del 1° del 1882, *B* resterà allo scoperto; perchè da una parte il prezzo della casa sarà assorbito da *A* iscritto in data del 1° del 1880, e perchè dall'altra parte *B* non può pretendere di essere surrogato nella ipoteca di pari data di *A* sul podere, estinta mercè la rinunzia di costui; mentre *C*, appunto in conseguenza di questa rinunzia di *A* alla ipoteca sul podere, si pagherà sul prezzo del medesimo, come primo ormai e solo creditore iscritto. Invece, col concetto della surrogazione ipotecaria di trasporto d'ipoteca da fondo a fondo, *B*, malgrado la rinunzia di *A* alla ipoteca sul podere, dovrebbe poter essere collocato sul prezzo di questo con preferenza ipotecaria in danno di *C*, dopo che è rimasto perdente sul prezzo della casa; perocchè il trasferimento puro e semplice della stessa ipoteca da un fondo ad un altro non include punto nè poco la necessità che questo si trovi tuttora ipotecato a favore di un altro creditore anteriore, nel momento in cui ha luogo il trasporto; la legge accordando essa direttamente a *B* un *jus novum*, che non avrebbe niente di comune col *jus* di *A*, e la sorte del quale perciò non eserciterebbe alcuna influenza sulla sorte dell'altro. Ora non è discutibile, nella ipotesi da noi configurata, che

C trovisi realmente in miglior posizione di *B*; tanto vero che la legge cerca *in altri analoghi rincontri*, come vedremo nella seguente Lezione, prevenire tale risultato; e quindi resta sempre più esclusa la costruzione dell'istituto da noi combattuta, come quella che, se vera, eliminerebbe dalla radice la possibilità di cotesto risultato, ch'è invece ammesso e riconosciuto da tutti.

Lezione Ventesimottava

Sommario: Continuazione della surrogazione ipotecaria: *sanzione della legge per il mantenimento dei diritti nascenti dal fatto che produce la surroga.* — Dell'*annotazione* sui registri dell'avvenuta surrogazione. — Dei *beni*, sui quali può esercitarsi la surrogazione ipotecaria.

1. In principio *A*, creditore primo iscritto, non è obbligato di conservare la sua ipoteca sul podere, per rendere possibile e proficua la surrogazione di *B*, creditore secondo iscritto, quando egli si deciderà ad espropriare la casa. Abbiamo visto nella precedente Lezione ch'egli può rinunziare a quella sua ipoteca sul podere; e se può rinunziarvi, potrà anche altrimenti comprometterla, o non rinnovandone la iscrizione, o lasciandola prescrivere. Epperò, mentre la legge avrebbe cercato col mezzo della surrogazione ipotecaria sottrarre dall'arbitrio del creditore primo iscritto le sorti dei posteriori creditori, ecco che da un altro lato risorgerebbe quest'arbitrio, in quanto la volontà del creditore primo iscritto troverebbe modo d'impedire persino che la surrogazione ipotecaria si producesse. Ma anche a questo inconveniente la legge, almeno in parte, ha provveduto con la disposizione dell'art. 2087, cercando sempre conciliare gli opposti interessi ed i diversi principii di diritto fra loro in collisione.

A termine dell'art. 2087 dunque « il creditore avente ipoteca su

varii immobili (*A*), dopo che gli venne fatta la notificazione accennata nell'art. 2043 se si tratta del giudizio di purgazione, e dopo la notificazione del bando venale in caso di spropriazione forzata, non può sotto pena di danni rinunziare alla sua ipoteca sopra uno di quegl'immobili (sul podere), nè astenersi volontariamente dal proporre la sua istanza nel giudizio di graduazione, all'intento di favorire un creditore (*C*) a detrimento di altro creditore anteriormente iscritto (*B*) ». Perciò, sino a quando nessun conflitto d'interessi siasi ancora giudizialmente prodotto, *A*, creditore primo iscritto sulla casa e sul podere, come conserva la sua piena libertà d'azione di espropriar l'uno piuttosto che l'altro immobile, così conserva anche la piena libertà di rinunziare all'una piuttosto che all'altra delle sue due ipoteche, senza preoccuparsi degli effetti di tale sua rinunzia in danno o in favore degli altri creditori *B* e *C*, iscritti posteriormente a lui. Lo che è pure giusto, potendo fra l'altro *A* ignorare persino, che dopo di lui sianvi altri creditori iscritti sugli stessi beni del suo debitore; ciascun creditore iscritto avendo interesse di consultare lo stato patrimoniale del debitore, quale trovasi nel momento della sua iscrizione rispetto ai diritti precedentemente quesiti, e non quale potrà trovarsi in seguito rispetto ai diritti che vi si stabiliranno posteriormente. Ma una volta che *A* è messo sull'avviso, formalmente e legalmente, della esistenza di cotesti altri diritti sugli stessi immobili, sui quali sono costituiti i suoi diritti, non è più giusto permettergli ch'egli possa governarli a suo arbitrio, senza alcun suo particolare vantaggio; non è più giusto, cioè, che *A* possa favorire col fatto proprio piuttosto *C* che *B*, quando tutto induce a voler che *B* sia meglio trattato che *C*, attesa la miglior posizione che costui sin da principio sapeva acquistarsi sui beni del comune debitore. Ed il momento che determina l'obbligazione del creditore primo iscritto *A* di astenersi da un fatto il quale possa pregiudicare la condizione del secondo creditore iscritto *B*, è la doppia notificazione, di cui agli art. 2043 Cod. civ. e 668 Proc. civ. Il qual fatto può consistere, come si è veduto, tanto nella rinunzia che *A* faccia della sua ipoteca sul podere, rendendo così impossibile la surrogazione in essa di *B*, dopo che questi resterebbe perdente sul prezzo

della casa; quanto nel suo astenersi dal far valere le sue ragioni sul prezzo del podere, qualora *C* ne facesse la espropriazione, o il compratore la purgazione, lasciando che sul prezzo del podere si pagasse *C*, per poi pagarsi egli alla sua volta sul prezzo della casa, sul quale *B* resterebbe egualmente perdente, senza poter più costui rifarsi con la surrogazione nella ipoteca di *A* sul podere; cotesto immobile oramai trovandosi liberato di ogni ipoteca che prima vi gravitava, come nel caso precedente se ne trovava liberato per effetto della rinunzia (art. 2029, n. 3 e 4).

2. Si osservi intanto, che la contravvenzione di *A* al disposto dell'art. 2087 dà luogo soltanto alla *sua personale responsabilità* di fronte a *B*, mentre lascia la posizione ipotecaria di costui vulnerata di rincontro a *C*. La sorte di *B* dunque è solo sino ad un certo punto protetta dalla disposizione dell'art. 2087, il primo creditore iscritto conservando sempre, anche dopo le notificazioni ivi indicate, l'efficace disposizione delle sue ipoteche, all'una delle quali perciò potrà sempre rinunziare in favore di *C*, assicurando a costui una prelazione ipotecaria che toglie a *B*, verso del quale assumerà per tal fatto una semplice personale obbligazione di rifacimento di danni.

3. Anzi, il pericolo del creditore secondo iscritto, quello cioè di vedersi sfuggir di mano il beneficio della surrogazione, lo può incogliere anche dopo che già abbia acquistato il diritto di esserne investito. Perciò, se *A* dopo avere espropriata la casa, provocando così la surrogazione di *B* nella sua ipoteca sul podere, consente la cancellazione della sua iscrizione sul medesimo, come ne ha la possibilità, sino a quando egli figura sui registri il creditore titolare di quella iscrizione; *B* non potrà più far valere la sua surrogazione ipotecaria sul podere, non potendo farsi valere un'ipoteca, o non mai iscritta, o la cui iscrizione è stata radiata. Chè pure ammesso il diritto di *B* di accendere una seconda iscrizione per dar vita a quella ipoteca di *A* sul podere, nella quale egli era già stato *ope legis* surrogato, non verrebbe con questo a migliorar la sua posizione di fronte a *C*; perchè la ipoteca ogni qual volta rinasce prende solamente grado

dalla nuova iscrizione, quando la precedente non è stata conservata (art. 2032); e questa nuova iscrizione, che prenderebbe *B* sul podere, sarebbe posteriore in data a quella, che già su di esso *C* aveva eseguita, prima che *A* vi consentisse la cancellazione della propria iscrizione.

A questo pericolo però che sovrasta a *B*, anche dopo che si è prodotta a suo favore la surrogazione nella ipoteca di *A* sul podere, egli può riparare, affrettandosi di *annotare* sui registri l'avvenuta surrogazione, onde il conservatore non possa più cancellare, senza il consenso di *B*, la iscrizione di *A* sul podere, nella quale ormai è interessato *B*, in conformità di quanto dispone l'art. 1994. Ed il richiamo che l'art. 2011 fa di cotesta annotazione, di cui nell'articolo 1994, non ha appunto altro scopo che quello or ora indicato. Sicchè d'altra parte deve escludersi che l'annotazione della surroga ipotecaria sui registri sia una condizione della sua efficacia di fronte ai terzi, come escludemmo che l'annotazione fosse una condizione della efficacia verso i terzi della cessione di un credito ipotecario. La surrogazione ipotecaria ha luogo di diritto, e l'interessato la farà valere senz'altra formalità nel momento stesso della graduazione, sino a quando egli non trovi pregiudicato lo stato delle cose mercè le rinunzie consentite dal creditore surrogato, contro le quali perciò egli prudentemente cercherà premunirsi, eseguendo l'annotazione di cui nell'art. 1994, richiamata dall'art. 2011.

4. Riassumendo tutto quello che sin qui siamo venuti esponendo riguardo allo scopo ed al contenuto della surrogazione ipotecaria, possiamo formulare le seguenti proposizioni:

a) Il creditore *primo iscritto* sopra diversi beni del debitore, conserva piena ed illimitata la facoltà di espropriare e di farsi pagare sul prezzo di quello degl'immobili ipotecati che più egli creda spediente.

b) Il creditore *secondo iscritto* sopra uno di cotesti stessi immobili, rimasto perdente per essersi sul prezzo di esso pagato il creditore primo iscritto, è surrogato nelle ipoteche di costui sugli altri immobili, a fine di ottenere così sul prezzo di essi la prelazione

ipotecaria contro un creditore *terzo iscritto;* un creditore cioè la cui iscrizione, sopra qualunque di cotesti immobili, sia *posteriore* in data a quella, che il creditore rimasto perdente aveva sull'immobile espropriato dal creditore primo iscritto. E così il creditore *terzo iscritto* sarà surrogato contro il creditore *quarto iscritto*, e via di seguito.

c) Il creditore primo iscritto, di regola, non ha obbligo di conservare anticipatamente, oltre quella ch'egli crede sufficiente a garentire il suo credito, tutte le altre sue ipoteche sui beni del debitore, a fine di poterle poi trasmettere, mercè la surrogazione, al creditore secondo iscritto, il quale rimanga perdente sul prezzo di quell'immobile, su cui esso creditore primo iscritto riservava la propria ipoteca e ne faceva valere la prelazione. Epperò, egli può rinunziarvi, rendendo così impossibile la surrogazione a favore del secondo creditore, e migliorando a tal modo la posizione del creditore posteriormente iscritto; il quale, in seguito alla rinunzia del primo, non potrebbe più essere posposto ad alcun altro creditore sul prezzo degl'immobili rimasti ipotecati esclusivamente a lui.

d) Una volta però che al creditore primo iscritto siano fatte le notificazioni, di cui negli art. 2043 Cod. civ. e 668 Proc. civ., egli non può rinunziare alle sue ipoteche in danno del creditore secondo iscritto ed in favore del creditore posteriore; ma cotesto suo obbligo di conservare le proprie ipoteche induce soltanto, in caso di trasgressione, la sua personale responsabilità dei danni verso il creditore secondo iscritto, e non già la nullità della rinunzia delle sue ipoteche, della quale profitterebbe sempre il creditore posteriormente iscritto.

e) Il creditore primo iscritto, anche dopo che si è pagato sul prezzo di quello degl'immobili ipotecati sul quale è iscritto il secondo creditore, provocando così la surrogazione di costui nelle sue ipoteche sugli altri immobili, può tuttavia rinunziare a queste ipoteche e consentirne la cancellazione delle iscrizioni, paralizzando a tal modo gli effetti della surrogazione già surta, e favorendo, come nel caso precedente, la posizione del creditore posteriormente iscritto. Ma a questo pericolo il creditore secondo iscritto, già surrogato *ope*

legis, può ovviare, se arrivi in tempo a far l'annotazione sui registri dell'avvenuta sua surrogazione; perchè dopo di questa annotazione non potrebbe più il conservatore cancellare le iscrizioni del primo creditore sul semplice consenso di costui, in conformità dell'articolo 1994.

5. Varie ed intricate questioni si riannodano intorno al punto di vista dei *beni, sui quali possa prodursi ed esercitarsi la surrogazione ipotecaria*. Avrà luogo la surroga sui beni ipotecati a favore del creditore primo iscritto, ma già usciti dal patrimonio del debitore, nel momento in cui il creditore secondo iscritto vorrebbe colpirli coll'azione ipotecaria di subingresso?

A iscritto sulla casa e sul podere il 1° del 1880; *B* iscritto sulla casa il 1° del 1881; *X* compra il podere e trascrive la vendita il 1° del 1882. *A* espropria la casa il 1° del 1883 e ne assorbe il prezzo. *B*, rimasto perdente sul prezzo della casa, sarà surrogato nella ipoteca di *A* sul podere, per farla valere contro *l'acquirente X*, così come l'avrebbe fatta valere contro il *creditore C*, iscritto sul podere in data del 1° del 1882? Senza nessun dubbio. Come *A* avrebbe potuto espropriare il podere contro l'acquirente *X*, piuttosto che la casa per lasciar scoperto il creditore *B*, così questi eserciterà egli la ipoteca di *A* sul podere contro l'acquirente *X*. Il fondamento di giustizia della surrogazione ipotecaria qui si presenta in tutto il suo valore. *A* avrebbe dovuto onestamente espropriare piuttosto il podere anzichè la casa, perchè a tal modo egli avrebbe colpito quegli che meno prudentemente aveva agito. Quando *B* ha iscritto la sua ipoteca sulla casa, se ha visto che questa era ipotecata già a favore di *A*, ha visto pure che costui aveva per la garentìa dello stesso credito un'altra ipoteca sul podere; e quindi ha potuto ragionevolmente calcolare che *A*, facendo egualmente il proprio interesse espropriando il podere, non vorrebbe invece cagionare il suo danno espropriando la casa. Ma quando al contrario *X* ha comprato il podere, se ha visto che la ipoteca di *A*, oltre a gravitare su questo immobile, gravitava anche sulla casa, non ha potuto però ragionevolmente calcolare che *A* all'occorrenza esproprierebbe questa e

non quello; perchè egli vedeva pure che sulla casa gravitava una seconda ipoteca a favore di *B*; in modo che *A* non avrebbe potuto decidersi a salvare l'interesse del compratore, senza sacrificare quello del creditore. Ora, se non ostante tutto questo, *A*, capricciosamente, avvalendosi del suo diritto della indivisibilità ipotecaria, espropria la casa e non il podere, *B* godrà della surrogazione di cui nell'articolo 2011, rivolta appunto a riparare le conseguenze dell'arbitrio del creditore primo iscritto.

6. Nè si dica che l'art. 2011 parli esclusivamente della surrogazione a favore di un creditore contro un altro *creditore posteriormente iscritto*, e non pure contro un *acquirente, che abbia posteriormente trascritto* un titolo di acquisto sugl'immobili ipotecati al primo creditore. Perocchè noi vedremo che la nostra legge ha introdotto il beneficio della surrogazione ipotecaria anche nel rapporto fra loro dei diversi acquirenti degl'immobili ipotecati (art. 2022); d'onde emerge il concetto che questo istituto, secondo la mente del legislatore, deve poter esercitare il proprio ufficio e la propria funzione eziandio nel rapporto fra creditori ed acquirenti. Di guisa che, se gli articoli 2011 e 2022 introducono separatamente la surrogazione ipotecaria, l'uno nel rapporto dei creditori, l'altro nel rapporto degli acquirenti, combinati assieme col lume di una interpretazione logica, è forza riconoscere ch'essi ammettono virtualmente la surrogazione anche nel rapporto composto dei creditori e degli acquirenti. Ben vero che la interpretazione di un *beneficium legis* vada contenuta nei suoi più ristretti limiti; ma il fondamento di questo istituto è tale di sua natura, che escluderlo nel rapporto reciproco fra creditori ed acquirenti, sarebbe come escludere dal pensiero della legge una medesima idea di giustizia in due rincontri identicamente giusti. Di fatti, l'interesse del creditore, che vuol ricuperare i 100 assicuratigli da un'iscrizione ipotecaria sull'immobile del debitore, non è forse identico all'interesse dell'acquirente, che vuol salvare i 100, investiti in un acquisto di proprietà dell'immobile del medesimo dante causa? Stabilito quindi il conflitto fra questi due interessi obbiettivamente identici, la legge lo deve risolvere in

vantaggio di quello che si presenta moralmente più favorevole, prendendo a norma di questo maggior favore l'anteriorità di data dei rispettivi titoli di acquisto, in conformità delle considerazioni precedentemente svolte.

7. Epperò, se il titolo di acquisto di proprietà del compratore è anteriore al titolo di acquisto di ipoteca del creditore, in tal caso non solo il creditore ipotecario non potrà esercitare la surroga contro l'acquirente, ma sarà questi invece che all'occorrenza potrà esercitarla contro di lui. Supponiamo quindi che *A* iscriva la sua ipoteca sulla casa e sul podere il 1° del 1880; che *X* acquisti il podere e trascriva il 1° del 1881, e che *B* iscriva sulla casa il 1° del 1882. Se *A* espropria la casa sul prezzo della quale *B* resta perdente, questi non potrà ottenere la surrogazione nella ipoteca dell'altro sul podere, onde farla valere contro l'acquirente *X*; perchè la surrogazione non si accorda contro quegli che ha acquistato e conservato un diritto sull'immobile *anteriormente* all'acquisto del diritto di chi pretende la surroga ipotecaria. Che se invece *A*, avvalendosi del suo illimitato potere, espropria il podere, togliendone così all'acquirente la proprietà, o costringendolo a pagarne una seconda volta il prezzo, sarà questo acquirente *X* che farà valere la sua surrogazione nella ipoteca di *A* sulla casa contro il creditore iscritto *B*, per rifarsi del danno patito; perchè *X* è anteriore di data a *B* nell'acquisto dei loro rispettivi diritti sugl'immobili del comune dante causa. E questa possibilità dell'esercizio della surroga ipotecaria da parte di un acquirente contro un creditore, giustifica sempre più l'ammissione del beneficio della surrogazione da parte di un creditore contro un acquirente, la reciprocanza del beneficio ricostituendo la giusta eguaglianza delle loro posizioni.

8. Può la surrogazione esercitarsi sui *beni, che entrano nel patrimonio del debitore posteriormente alla iscrizione del creditore rimasto perdente? A* iscrive sulla casa la sua ipoteca giudiziale in data del 1° del 1880. *B* iscrive sulla stessa casa in data del 1° del 1881. Pervenuto poscia al debitore per eredità il podere, *A* vi estende

la sua ipoteca giudiziale con iscrizione del 1° del 1882 (art. 1986). *C* iscrive alla sua volta su questo podere il 1° del 1883. *A* espropria la casa, sul prezzo della quale perciò *B* resta perdente. *B* sarà allora surrogato nella ipoteca di *A* sul podere, iscritta in data del 1° del 1882, per ottenere così la prelazione ipotecaria sul prezzo di questo immobile contro *C*, la cui iscrizione sullo stesso podere porta la data del 1° del 1883? Per negare a *B* il beneficio della surrogazione si potrebbe osservare, che quando egli iscriveva la sua ipoteca sulla casa non poteva fare alcun assegnamento sul prezzo di essa, che vedeva già vincolato a favore di *A;* e non poteva nemmeno farne alcuno sul podere, il quale allora non esisteva neppure nel patrimonio del debitore. Ora, con qual titolo egli pretenderebbe oggi assicurarsi su questo immobile una prelazione ipotecaria di fronte a *C?* Con lo stesso titolo, noi diciamo, pel quale la legge vuol riparare alle conseguenze dell'operato *arbitrario* del creditore primo iscritto. *A*, avendo ipoteca sulla casa e sul podere con una prima iscrizione, potrebbe espropriare questo piuttosto che l'altra, lasciando così incapiente *C*, ed in sicura posizione *B*. Ed *A* dovrebbe onestamente agire a questo modo, perchè, se egli ha da sacrificare la posizione di qualcuno, è giusto che sacrifichi piuttosto quella del creditore *C*, il quale si presentava *ultimo* a dimandare una garentia sui beni del debitore. È certo che *B*, almeno quando ha visto entrare nel patrimonio del debitore il podere, sul quale *A* si è affrettato ad estendere la iscrizione dell'ipoteca giudiziale, ha potuto fare assegnamento che questi si pagasse sul prezzo del podere e lasciasse a lui quello della casa; perchè *in quel momento* egli vedeva che il prezzo del podere non era vincolato a favore di nessun altro creditore, la iscrizione di *C* venendo soltanto più tardi ad accendersi su questo immobile. Ma *C* invece non ha potuto mai, *in nessun momento*, fare assegnamento serio sul valore della proprietà immobiliare del suo debitore, ch'egli vedeva già tutta vincolata a favore di altri creditori, quando v'iscriveva la sua ipoteca. Egli vedeva che sul podere era iscritto *A*, e non poteva ragionevolmente pretendere che questi si pagasse invece sulla casa; perchè vedeva anche che su questa casa era già iscritto un altro creditore, *B*, e la cui sorte perciò *A* avrebbe dovuto sacri-

ficare per far salva la sua! Ora, se il fatto arbitrario di costui ha invertito un così fatto stato di cose, risorge quel criterio di giustizia, in base al quale la legge ha organizzato l'istituto della surrogazione ipotecaria; e quindi essa trova applicazione in favore di *B* contro *C*, anche in perfetta armonia della parola dell'art. 2011, che accorda la surroga al creditore secondo iscritto, rimasto perdente sul prezzo dell'immobile a lui ipotecato, nelle ipoteche del creditore soddisfatto iscritto sugli altri immobili del debitore, senza distinguere l'epoca dell'acquisto di cotesti immobili da parte del debitore medesimo.

Lezione Ventesimanona

Sommario: Continuazione della surrogazione ipotecaria: questione se il subingresso abbia luogo a favore del creditore evitto anche nelle ipoteche che il creditore evincente possedeva *sui beni appartenenti al terzo*, alla persona cioè che garentiva l'obbligazione altrui gravando di ipoteca i proprii beni. — Del subingresso nel privilegio dell'articolo 1962.

1. Ultima e più dibattuta questione, riguardo ai beni che possono formare oggetto del subingresso ipotecario, è lo stabilire: se il creditore secondo iscritto, rimasto perdente sul prezzo dell'immobile espropriato dal creditore primo iscritto, sia surrogato nella ipoteca che questi godeva, per la garentia dello stesso credito, sull'immobile appartenente ad un terzo, cioè ad una persona la quale aveva garentita l'obbligazione altrui, gravando d'ipoteca i proprii beni (art. 1964). *A* iscrive sulla casa del debitore e sul podere del terzo, il quale vi ha consentito l'ipoteca, in data del 1° del 1880. *B* iscrive sulla casa del debitore in data del 1° del 1881. *A* espropria la casa e ne assorbe il prezzo. *B*, rimasto incapiente sul prezzo della casa a lui pure ipotecata, sarà surrogato nella ipoteca di *A* sul podere, per pagarsi così sul prezzo di questo in danno del proprie-

tario? Il primo argomento che viene in discussione è il letterale; dicendosi, da una parte, che l'art. 2011 non distingue i beni del debitore da quelli appartenenti al terzo, sui quali il creditore evitto possa esercitare l'azione ipotecaria, e che non distinguendo perciò la legge non debba poter distinguere l'interprete; ed osservandosi, dall'altra parte, che la legge non aveva bisogno di accennare espressamente una distinzione, la quale era implicita nello spirito della disposizione dell'art. 2011, siccome risulta da un brano della Relazione della Commissione senatoria, ove si parla della ipoteca del creditore primo iscritto comprensiva di diversi immobili *del debitore.*

2. A questo argomento letterale si riannoda l'argomento storico, che s'invoca egualmente dalle due parti combattenti. Si osserva dagli uni, che l'art. 2350 del Codice sardo, dal quale fu tratto il nostro art. 2011, parlava esclusivamente di surrogazione nelle ipoteche che il creditore soddisfatto aveva sugli altri immobili *del debitore*, e che se perciò nel nostro articolo 2011 queste parole « *del debitore* » erano scomparse, doveva logicamente dedursene che il nuovo legislatore aveva voluto estendere la surrogazione anche alle ipoteche, che il creditore soddisfatto possedeva sugl'immobili appartenenti al *terzo.* Ma si risponde dagli altri, che se tale fosse stata la intenzione del legislatore italiano, oltre che il gravissimo cambiamento di principio avrebbe dovuto lasciare una qualche traccia di discussione nei lavori preparatorii, mentre niente ne risulta; l'art. 2011 non si sarebbe contentato di sopprimere semplicemente le parole « *del debitore* », ed invece vi avrebbe aggiunto « *o appartenenti al terzo* »; quando si vuol modificare così profondamente il concetto tradizionale di un istituto, il nuovo legislatore non usando farlo in una maniera tanto vaga ed incerta.

Di più; cotesto concetto *tradizionale* della surroga, quale lo si trovava cioè organizzato nel Codice albertino, è esplicitamente richiamato dal legislatore italiano, quando nel brano surriferito della Relazione della Commissione senatoria si legge: « Questo diritto di subingresso parve così evidente e conforme a giustizia, che non si dubitò d'*inserire nel progetto la disposizione del Codice sardo,*

tuttochè il nuovo sistema eliminato avesse le *ipoteche generali.* E per vero, opportunamente avvertivasi concorrere parità di ragione per non differenziare i due casi, trattando medesimamente il caso dell' « *ipoteca speciale vinta da un'altra ipoteca speciale comprensiva di altri immobili* DEL DEBITORE ». Il legislatore italiano dunque era la *disposizione del Codice sardo* che intendeva *inserire nel suo progetto;* e se un *punto fondamentale* di quella disposizione era che la surroga si limitava alle ipoteche del creditore soddisfatto sugli altri béni *del debitore,* cotesto punto non poteva non passare nella disposizione del Codice italiano, la quale riproduceva nel pensiero del legislatore il contenuto dell'altra, quella cioè del Codice sardo. L'unico dubbio che presentavasi al nostro legislatore, *per inserire nel suo progetto la disposizione dell'art.* 2350 *del Codice sardo,* era riguardo all'opportunità di accogliere un istituto, il quale aveva ricevuto la sua organizzazione di fronte al sistema delle ipoteche generali, in un Codice come il nostro, il quale non riconosceva che ipoteche speciali. Ma eliminato questo dubbio, era sempre la disposizione del Codice sardo che s'intendeva inserire nel progetto del Codice italiano, come fu di fatti inserita; tanto vero, che siccome in quella disposizione era punto indiscusso la limitazione della surroga alle sole ipoteche del creditore soddisfatto gravitanti sugli altri immobili *del debitore,* il Relatore della Commissione senatoria non avvertiva neppure il bisogno di fissarvi in modo speciale la sua attenzione; e come di un presupposto fuori questione parlò esso stesso della surroga nella ipoteca speciale del creditore soddisfatto, *comprensiva di altri immobili* DEL DEBITORE.

3. Contro l'argomento letterale, che si vuol trarre dalla generica espressione dell'art. 2011, per ammettere la surroga del creditore evitto in tutte le ipoteche del creditore evincente, comunque iscritte sui beni del *terzo,* si oppone la pari generica espressione dell'art. 2087; il quale, benchè non distingua gl'immobili appartenenti al terzo da quelli appartenenti al debitore, non è applicabile, per unanime consenso, che a questi ultimi soltanto; d'onde risulta non essere la generica espressione della legge sempre un motivo

sufficiente per escludere una distinzione, la quale emerga dal contenuto del precetto legislativo, e dall'insieme dei principii che lo informano e lo lumeggiano. Ben vero che si controreplica doversi ammettere nell'art. 2087, quantunque non accennata espressamente, la distinzione fra beni del debitore e beni del terzo, a causa della *impossibilità* di applicare detto articolo fuori della ipotesi dell'ipotecamento dei soli beni di un comune debitore; mentre l'art. 2011 *può* applicarsi eziandio nella ipotesi dell'ipoteca gravitante sui beni del terzo; non negandosi dai nostri avversarii, come principio, che la generica espressione della legge possa ricevere delle limitazioni dalla sostanza e dal contenuto del testo; e sostenendosi soltanto che tali limitazioni non emergono dal contenuto e dal fondo della disposizione dell'art. 2011. Ma noi soggiungiamo che dalla implicita distinzione contenuta nell'art. 2087, fra gl'immobili ipotecati del debitore e quelli del terzo, emerge, non pure un argomento letterale, altresì un argomento logico, per ammettere un'eguale distinzione nell'art. 2011.

Di fatti, l'art. 2087 è un complemento ed una *sanzione* dell'articolo 2011. Ora, se la legge si è preoccupata d'introdurre nell'articolo 2087 una sanzione dell'art. 2011 soltanto rispetto ai beni appartenenti al comune debitore, è segno che la stessa disposizione dell'art. 2011 è applicabile soltanto a cotesti beni; non vi essendo motivo alcuno di supporre, che, se la surroga a favore del creditore evitto nella mente del legislatore si applicasse a tutte le ipoteche del creditore evincente, tanto iscritte sui beni del comune debitore, quanto sui beni del terzo, esso poi avrebbe cercato di proteggere il creditore evitto dal fatto arbitrario del creditore evincente solo in riguardo alle ipoteche di costui sui beni del debitore, e non pure riguardo alle ipoteche dello stesso creditore evincente sui beni del terzo! Ammessa la surroga del creditore evitto in tutte le ipoteche del creditore evincente, non vi sarebbe stata alcuna ragione, noi diciamo, perchè la legge l'avesse poi dovuto in certo modo *garentire* solo in riguardo ad alcune ipoteche, e lasciarla in piena balìa del creditore evincente riguardo a talune altre. Se dunque la legge garentisce con l'art. 2087 al creditore evitto la surroga nelle ipo-

teche del creditore evincente iscritte sui beni *del debitore*, vuol dire che la legge soltanto su questi beni riconosce ed ammette il beneficio della surroga nell'art. 2011.

4. Ad ogni modo, noi riconosciamo che non è in cotesti termini di discussione fin qui dichiarati dove possa trovarsi la più convincente e persuasiva soluzione del proposto quesito. La quale deve ricercarsi in argomenti, che si riannodano all'organismo stesso ed al fondamento giuridico dell'istituto della surrogazione ipotecaria, e che perciò giova, sino alla sazietà, richiamare alla nostra attenzione. L'art. 2011 è un correttivo delle conseguenze emergenti dall'*abuso* che il creditore primo iscritto faccia del suo diritto, espropriando quello dei diversi immobili a lui ipotecati che meglio creda, ed assorbendone il prezzo; senza preoccuparsi della sorte di altri interessati, più o meno meritevoli di favore e di considerazione, che egli compromette, a vanvera, col suo *arbitrario* procedimento. E l'abuso e l'arbitrio del creditore primo iscritto consistono appunto, non già nel farsi collocare preferibilmente agli altri creditori sul prezzo della proprietà immobiliare espropriata, perchè questa prelazione costituisce lo scopo stesso della sua legittima garentia; ma bensì nel fatto ch'egli *prescelga*, come campo sul quale far valere la sua prelazione, proprio quell'immobile che costituisce la garentia di un altro creditore, quando egli avrebbe egualmente potuto salvaguardare i suoi interessi, pagandosi sul prezzo, o dell'immobile ipotecato esclusivamente a suo favore, o dell'immobile ipotecato anche a favore di un altro creditore, ma di un creditore *meno prudente ed oculato* di quello, che egli invece vorrebbe sacrificare, espropriando e facendosi collocare sul prezzo dell'immobile da lui prescelto. La legge, senza impedire direttamente questo abuso e questo arbitrio del creditore primo iscritto, cerca mitigarne indirettamente le conseguenze; accordando il beneficio della surrogazione appunto *a* quel creditore sacrificato ingiustamente dal primo, e *contro* quel creditore in danno del quale il primo avrebbe dovuto onestamente far valere le proprie ipoteche; pagandosi cioè sul prezzo di quell'altro immobile, su cui cotesto creditore era pure iscritto in

secondo grado. E noi vedemmo come il criterio dell'equità e della giustizia, in base al quale l'un creditore doveva essere considerato degno di maggior favore rispetto all'altro; ed in relazione al qual criterio la legge doveva considerare giusto o iniquo il procedimento del creditore primo iscritto; onde in quest'ultimo caso accordare allo ingiustamente danneggiato il ristoro della surrogazione, e lasciar nell'altro caso libero corso allo svolgimento delle singole azioni ipotecarie; cotesto criterio noi vedemmo consistere nell'*anteriorità puramente cronologica* delle iscrizioni dei diversi creditori, quantunque siffatte iscrizioni colpissero immobili distinti, e quantunque perciò tutte siffatte iscrizioni, rispetto a ciascun immobile ipotecato, fossero egualmente di secondo grado, di rincontro ad una prima iscrizione che già li colpiva tutti. Ed ecco perchè noi vedemmo come la legge non faceva della surrogazione ipotecaria un *diritto reciproco fra tutti i creditori*, iscritti in secondo grado sopra ciascun immobile del comune debitore; non accordandola, cioè, A CIASCUN CREDITORE *rimasto perdente* sul prezzo di ciascuno di questi immobili, assorbito dal creditore primo iscritto, CONTRO CIASCUN ALTRO CREDITORE *secondo iscritto, non molestato dal primo;* ma accordandola invece *al creditore rimasto perdente* CONTRO IL SOLO CREDITORE A LUI POSTERIORE *nella data delle rispettive iscrizioni.*

5. Ora, concedere il beneficio della surroga al creditore rimasto perdente sul prezzo dell'immobile, assorbito dal creditore primo iscritto, *contro il terzo datore d'ipoteca,* sarebbe un sovvertire tutto quel fondamento di considerazioni di equità e di giustizia, sul quale la legge introduceva ed organizzava l'istituto della surrogazione; non tanto perchè a tal modo si farebbe valere la surroga contro una persona, che non riveste alla sua volta la qualità di *creditore* del comune debitore, avendo osservato nella precedente Lezione come essa è esercibile talvolta anche contro il *terzo possessore;* ma perchè la si farebbe valere *contro* una persona, *a cui favore* invece milita ogni ragione per conservare la posizione, che gli ha creato il creditore primo iscritto, quando costui si è deciso ad espropriare l'immobile del debitore.

Di fatti, non perdiamo di vista i dati e gli estremi della questione. L'imprudente è stato il secondo creditore *B*, il quale ha iscritto la sua ipoteca sulla casa del debitore il 1° del 1881, quando egli vedeva che su questo immobile già gravitava la ipoteca del creditore *A*, iscritto il 1° del 1880. Imprudente, diciamo, in quanto egli non ha potuto fare ragionevole assegnamento che *A* espropierebbe il podere del terzo per lasciare a lui libero il prezzo della casa; perchè non è ragionevole pretendere che il creditore primo iscritto faccia ricadere il peso di una obbligazione sulle spalle del terzo, anzichè su quelle del debitore; epperò se *A* espropria, com'è dover suo, la casa, *B* non ha da lamentarsi che della propria imprudenza o delle sue malfondate speranze, e non può pretendere di esserne ristorato con la surrogazione nella ipoteca di *A* sul podere del terzo. Nè si dica che egualmente imprudente sia stato il terzo nel garentire l'obbligazione altrui. No, perchè abbiamo supposto che quando il terzo vincolava il suo podere il 1° del 1880, la proprietà del debitore era sufficiente a sopportare il peso della propria obbligazione; anzi questa proprietà veniva precisamente vincolata alla speciale garentìa di cotesta obbligazione. La ipoteca dunque che forniva il terzo sopra i proprii beni, sul podere, nasceva nel suo animo coll'intimo carattere di una *garentìa sussidiaria;* di una garentia cioè da valere soltanto nel caso che i beni del debitore non bastassero a coprire il valore pecuniario della obbligazione.

Fra il terzo dunque datore d'ipoteca ed il secondo creditore iscritto corre questo divario, che l'uno si è messo in rapporto giuridico col debitore in una disposizione d'animo, fondata sulla realtà delle cose, tale, che lo rassicurava da un probabile pericolo di danno e di perdita; mentre l'altro si è messo in rapporto giuridico col debitore in una disposizione d'animo, fondata egualmente sulla realtà delle cose, tale, che gli presentava già bello e stabilito il pericolo del danno e della perdita. Ora, se il creditore primo iscritto agisce in modo da *conservare* a ciascuno degli altri interessati la posizione, che questi avevano creato a loro medesimi *nel momento in cui si erano messi in rapporti giuridici col comune dante causa*, viene a mancare la ragione di essere della surroga ipotecaria, intenta

appunto a ristabilire nelle conseguenze quella suddetta posizione dei varii interessati, *che l'arbitrio del creditore primo iscritto avrebbe spostata e modificata* con un diverso procedere.

6. In altri termini, la posizione del terzo datore d'ipoteca, rispetto alla surroga, non è diversa da quella del terzo possessore dell'immobile ipotecato; di quegli cioè che abbia acquistato dal debitore uno degl'immobili ipotecati a favore del creditore, ed abbia trascritto il suo titolo di acquisto *prima* che un secondo creditore iscrivesse la sua ipoteca sull'altro immobile, rimasto in proprietà del debitore e già vincolato a favore del primo creditore. Vedemmo nella precedente Lezione, che in questo caso il creditore evitto non poteva ottenere la surroga nella ipoteca del creditore evincente sull'immobile acquistato dal terzo; e che se anzi il creditore primo iscritto espropriasse cotesto immobile, era il terzo possessore evitto quegli che avrebbe ottenuto la surroga nella ipoteca del creditore evincente sull'immobile rimasto in proprietà del debitore e sul quale era iscritto il secondo creditore, pel combinato disposto degli art. 2011 e 2022; sempre in base al principio, che la surrogazione ipotecaria non può farsi valere contro una persona, il cui diritto sull'immobile sia *anteriore* al diritto della persona, che dal primo creditore iscritto è evitta nella ipoteca o nella proprietà di un altro immobile. Diciamo che la posizione giuridica del terzo datore d'ipoteca e del terzo acquirente dell'immobile ipotecato è la stessa, perchè, in verità tanto di fronte al creditore primo iscritto, il fatto del quale provoca la surroga, quanto di fronte al creditore evitto, il quale dimanda la surroga, havvi sempre un proprietario di un immobile su cui grava un'ipoteca, ma il cui titolo di proprietà su questo immobile è *anteriore* al titolo d'ipoteca, che il creditore evitto ha sull'immobile espropriato dal creditore evincente. L'unica differenza, affatto insignificante nel caso da noi supposto, è questa: che il terzo acquirente comincia a diventare proprietario dell'immobile ipotecato più tardi, mentre il terzo datore d'ipoteca era già proprietario da tempo innanzi; ma nell'un caso e nell'altro questa proprietà sul podere (ci riferiamo agli esempi configurati nel n. 7 della precedente Lezione

e nel n. 1 della presente) è stabilita *prima* che sia costituita la ipoteca del secondo creditore sulla casa; e questo è il punto decisivo per escludere la surroga a favore di questo creditore, rimasto perdente sul prezzo della casa, nella ipoteca del creditore soddisfatto iscritta sul podere; la legge, tanto nel rapporto dei diversi creditori ipotecari del comune debitore (art. 2011), quanto nel rapporto dei diversi acquirenti degl' immobili ipotecati del comune alienante (art. 2022), e quanto nel rapporto dei creditori e degli acquirenti fra loro (art. comb. 2011 e 2022), non accordando la surroga se non in base all'*anteriorità cronologica* dei rispettivi diritti, o di proprietà, o d'ipoteca, dei diversi interessati.

7. Noi vedremo in seguito, come, anche per altri rapporti giuridici, la posizione di quegli che vincola d'ipoteca la sua proprietà per garentire l'obbligazione altrui, cioè del *terzo datore d'ipoteca*, dalla legge è parificata alla posizione di quegli che acquista una proprietà già vincolata d'ipoteca per la garentia di una obbligazione dell'alienante, cioè del *terzo possessore dell'immobile ipotecato*. Ma nel rapporto giuridico che si riannoda alla surroga, la identità della posizione fra loro due è ancora più evidente, se anche non sia da guardare con occhio più favorevole la condizione del terzo datore d'ipoteca, avuto riguardo al fondamento speciale di equità del nostro istituto. L'errore, secondo noi fondamentale, della dottrina avversaria consiste appunto: nel non aver abbastanza considerato cotesto *speciale* fondamento equitativo della surrogazione ipotecaria; e nell'aver voluto riannodare questo istituto, con un rapporto di *estensione*, alla surrogazione legale per pagamento. E di qui l'altro errore: di considerare la surroga ipotecaria un correttivo delle conseguenze della indivisibilità ipotecaria *pura e semplice;* mentre essa è un correttivo delle conseguenze della indivisibilità ipotecaria, *solo quando cotesta indivisibilità è fatta valere, da chi ne ha il diritto, iniquamente e disonestamente;* solo cioè quando il *summum jus* della indivisibilità porti ai risultati di una *summa injuria* in danno di altri interessati; ciò che non sempre si verifica, e quando perciò in tal caso la indivisibilità ipotecaria non dev'essere corretta nelle

conseguenze cui ha dato luogo, occorrendo invece lasciar loro libero sfogo, onde non attraversare di proposito la felice spontanea combinazione che si presenta fra lo stretto diritto e la giustizia.

8. Il capoverso dell'articolo 2011 accorda la surrogazione al creditore evitto anche nel *privilegio immobiliare* del creditore evincente, cioè nel privilegio dello Stato per il tributo fondiario, per la tassa di registro e per ogni altra imposta indiretta che colpisca l'immobile, a termine dell'art. 1962. Ora, se lo Stato per questi suoi crediti espropria e si faccia collocare sul prezzo di uno dei diversi immobili sui quali cadeva il suo privilegio, il creditore iscritto su questo immobile, e rimasto perdente sul prezzo di esso, è surrogato nel privilegio dello Stato sugli altri immobili del debitore, per farsi collocare sul prezzo di questi preferibilmente agli altri creditori, la cui iscrizione sopra cotesti immobili sia *posteriore* a quella che egli aveva sull'immobile sul quale si è pagato lo Stato. I principii della surrogazione ipotecaria sono integralmente applicabili alla surrogazione nel privilegio dell'art. 1962, perchè il capoverso dell'art. 2011 si limita a dire: « *questa disposizione* (quella cioè che governa la surrogazione ipotecaria, di cui nel primo comma dell'articolo) si applica anche ai creditori perdenti per causa del privilegio stabilito dall'art. 1962 »; e fra i capisaldi di quella disposizione noi vedemmo la improponibilità della surroga contro un creditore iscritto anteriormente al creditore evitto.

LEZIONE TRENTESIMA

SOMMARIO: Degli effetti dell'ipoteca nel rapporto *fra il creditore ipotecario ed il terzo possessore.* — Fondamento giuridico dell'azione del creditore ipotecario contro il terzo possessore. — Significato della parola " terzo possessore ".

1. Come abbiamo altre volte dichiarato, scopo ed ufficio della ipoteca è l'assicurazione speciale del pagamento di un credito sul valore di un immobile, contro i pericoli della insolvibilità del debitore. Cotesta insolvibilità del debitore può essere causata dal cumulo delle sue obbligazioni superiore alle forze del patrimonio, il quale ne costituisce la comune generica proporzionale garentia (art. 1949); ed allora il creditore ipotecario è fatto sicuro dal diritto che gli compete: di pagarsi sul prezzo di quell'immobile preferibilmente agli altri creditori, o chirografarii, o ipotecarii iscritti posteriormente a lui (art. 2007 e seg. e 2092). In tal caso la ipoteca opera puramente e semplicemente come *causa legittima di prelazione*, nella distribuzione del prezzo fra i diversi creditori del debitore espropriato (art. 1949 e 1950); indipendentemente dall'altro carattere, di cui essa è rivestita, di *diritto reale*, il quale non trova qui luogo ed occasione per esplicare la sua particolare energia; perocchè riguardo al diritto esso stesso di espropriare i beni del debitore e di realizzarne il prezzo, finchè sono nelle sue mani, l'ipoteca nulla aggiunge al creditore; essendo quella una facoltà inerente al diritto personale di obbligazione, posseduta perciò anche dal semplice creditore chirografario (art. 2076). Ma la insolvibilità del debitore può nascere dall'alienazione ch'egli faccia dei suoi beni, sottraendoli così alla comune generica garentia dei suoi creditori, la quale è costituita dai suoi beni *presenti e futuri*, ma non passati, usciti cioè dal suo patrimonio nel momento in cui il creditore vorrebbe colpirli con la sua

azione giudiziale (art. ed arg. art. 1948 e 2076); ed allora il creditore ipotecario è fatto sicuro dal diritto che gli compete: di perseguitare l'immobile anche nelle mani dell'alienatario, onde realizzarne egualmente il prezzo e pagarsi su di esso, così come se mai l'immobile fosse uscito dalle mani del debitore (art. 1964 ult. com., 2076 e 2014). Ora, in tal caso appunto la ipoteca, in quanto è rivolta a perseguitare l'immobile nelle mani di una persona diversa dal debitore, opera come *diritto reale*, all'uopo definita tale dalla legge (art. 1964); perocchè non è che il diritto reale quello che può fornire al subbietto di esso la persecuzione della cosa, su cui il diritto s'imprime, indipendentemente dal fatto di trovarsi la cosa tuttora nel possesso della persona che originariamente vi costituiva il rapporto giuridico, o nel possesso di altri nelle cui mani abbia fatto passaggio; non in altro consistendo la *realità* di qualunque diritto, che in cotesto assoggettamento diretto ed immediato della cosa alla persona, per l'esercizio ed il godimento delle facoltà che ne costituiscono il contenuto. Onde, mancando appunto al creditore chirografario il diritto reale d'ipoteca, egli non trova più il mezzo di far valere le sue ragioni sui beni del debitore, dopo che questi sono usciti dal suo patrimonio.

2. Ecco dunque come la ipoteca raggiunge il suo scopo di completa speciale garentia ed assicurazione del credito, mercè la doppia funzione: di causa legittima di prelazione, nella distribuzione fra i diversi creditori del prezzo dei beni espropriati nelle mani del debitore; e di diritto reale, nella persecuzione dei beni del debitore nelle mani dell'acquirente, cui si siano trasmessi. Diritto reale, diciamo, che *completa* l'ufficio della ipoteca di assicurazione del credito; perocchè, ove la ipoteca si limitasse a funzionare come semplice causa di prelazione fra i diversi creditori nella distribuzione del prezzo dei beni espropriati nelle mani del debitore, questo potrebbe sempre egualmente compromettere la sorte dei suoi creditori, e ipotecarii, e chirografarii, alienando i suoi beni prima che i creditori li colpissero nelle sue mani con le rispettive azioni giudiziali; mentre la prelazione ipotecaria è impotente, in se stessa

considerata, a prevenire e riparare tal pericolo; la preferenza, come indica la stessa parola, presupponendo un concorso di rapporti simili, e non esistendo affatto questa somiglianza di rapporti fra un creditore ed un acquirente rispetto al loro comune dante causa, che di fronte all'uno è debitore di somma, di fronte all'altro è alienante di cosa certa e determinata. Ma il carattere di diritto reale, che la legge aggiunge alla ipoteca, viene precisamente a stabilire un rapporto giuridico fra il creditore ipotecario e l'acquirente dell'immobile ipotecato, sulla base della comune realità dei loro diritti, d'ipoteca dell'uno, di proprietà dell'altro; e sulla qual base si fonda la salvezza del creditore ipotecario di fronte all'acquirente dell'immobile ipotecato.

3. Ad ogni modo, benchè il diritto di prelazione ed il diritto reale siano razionalmente distinti nel diritto d'ipoteca, in quanto l'uno può esplicare la sua efficacia indipendentemente dall'altro, nondimeno essi *coincidono* quando l'ipoteca è messa in movimento contro l'acquirente dell'immobile ipotecato; perocchè, se il creditore può espropriare l'immobile nelle mani dell'acquirente, mercè l'*azione reale* annessa al suo diritto d'ipoteca; non può prelevarne a suo favore il prezzo, ritrattone dalla vendita agl'incanti, se non in virtù del *diritto di prelazione* che la legge gli conserva, non certo di fronte ai creditori chirografari del debitore, i quali non hanno più nulla da vedere con l'immobile alienato e col prezzo di esso, creditori che perciò sono fuori concorso (art. 2092, cap.); ma di fronte ai creditori ipotecari del debitore iscritti sullo stesso immobile posteriormente a lui, e di fronte ai creditori chirografari dell'acquirente e creditori ipotecari di costui, iscritti sull'immobile dopo l'avvenutane trasmissione di proprietà. La collocazione per prelevamento del creditore ipotecario sul prezzo dell'immobile espropriato anche nelle mani dell'acquirente, sino a concorrenza della somma iscritta e nell'ordine della iscrizione, diciamo ch'è sempre un effetto della causa di prelazione, e non della natura di diritto reale che la legge ravvisa nella ipoteca; perocchè cotesta realità cessa dal momento che la cosa non ne può essere più affetta; dal momento cioè ch'essa si è con-

vertita in una somma di danaro in seguito alla espropriazione, e sulla qual somma si trasporta il diritto del creditore. Lo che sempre più dimostra come, se nel caso della espropriazione dell'immobile nelle mani del debitore, l'ipoteca, a favore del creditore che n'è fornito, opera esclusivamente come causa di prelazione, senza che entri affatto in giuoco la sua qualità di diritto reale; anche nel caso della espropriazione dell'immobile ipotecato nelle mani dell'acquirente cotesta qualità di diritto reale dell'ipoteca coincide soltanto con l'altra di causa legittima di prelazione, ma nè l'assorbe, nè con questa si confonde.

4. Non opera diversamente l'ipoteca consentita sin da principio sull'immobile di una persona diversa dal debitore; caso preveduto dalla stessa legge (art. 1964). Il creditore ipotecario si trova di fronte al terzo *datore d'ipoteca*, come di fronte all'*acquirente dell'immobile ipotecato* dal debitore; perchè difatti e l'uno e l'altro è *terzo possessore;* vale a dire, estraneo al rapporto personale di obbligazione, e proprietario dell'immobile sul quale è costituita la garentia speciale di siffatta obbligazione. L'unica differenza, come abbiamo già in altra occasione avvertito, fra il terzo, acquirente dell'immobile ipotecato, ed il terzo, datore d'ipoteca, si riduce alla diversità di tempo, nel quale il diritto d'ipoteca del creditore ed il diritto di proprietà del terzo si stabiliscono l'uno di fronte all'altro; in quanto il terzo acquirente diventa proprietario dell'immobile, dopo che già vi si è stabilita la ipoteca del creditore; ed il terzo datore d'ipoteca era già proprietario dell'immobile, quando l'ipoteca vi si stabiliva. Ma questa diversità di tempo negli effetti giuridici sparisce per la identica volontà del terzo, in quanto l'uno riconosce uno stato di cose, che l'altro crea di sua iniziativa; una posizione di cose perciò che s'impone egualmente all'uno ed all'altro, perchè egualmente da tutteddue accettata con libera manifestazione di volontà. Tutti e due, diciamo, accettano liberamente il peso che grava sulla loro proprietà dell'immobile in questione; perchè lo stesso acquirente, il quale non ha contrattato direttamente col creditore ipotecario, ch'egli probabilmente nemmeno conosce, ha notizia

del diritto reale di costui, per vederlo iscritto sui pubblici registri; epperò, decidendosi ad acquistare l'immobile ipotecato, si decide liberamente ad acquistarlo nello stato in cui si trova; cioè nella scienza effettiva o presunta di un vincolo la quale glie ne impone il rispetto; la volontà non operando meno energicamente se affermata in un modo piuttosto che in un altro, e se affermata in un tempo più o meno prossimo ad uno stato di cose, che persevera a provocarne ed imporne la manifestazione. E da ultimo, noi possiamo identificare sempre più la posizione del terzo datore d'ipoteca con quella del terzo acquirente dell'immobile ipotecato, ricostruendo mentalmente la figura giuridica dell'uno come di una persona, che trasmette la sua proprietà al debitore, onde questo stesso vi stabilisca l'ipoteca a favore del proprio creditore, ed immediatamente dopo essa si renda acquirente dell'immobile ipotecato, di quello stesso immobile, vale a dire, che per un momento aveva cessato di esser suo.

Del resto, noi avremo occasione di ritornare sulla posizione del datore d'ipoteca, volta per volta che verrà in esame, nei suoi varii e singoli atteggiamenti, il rapporto giuridico che la legge disciplina fra il creditore ipotecario e l'acquirente dell'immobile ipotecato; acquirente, ch'è il solo su cui la legge concentra direttamente la propria attenzione, qualificandolo *terzo possessore;* ed in riguardo al quale soltanto fissa espressamente negli art. 2013 e seg. i suoi precetti, sotto il titolo « *degli effetti della ipoteca riguardo al terzo possessore* ». Ciò che, dopo tutto, si spiega e si giustifica abbastanza, per essere molto più comune ed ordinario il caso dell'acquirente di un immobile ipotecato, anzichè del terzo che ipotechi la sua proprietà per la garentia delle obbligazioni altrui.

5. Precisiamo intanto meglio il concetto che si racchiude in quella espressione « *terzo possessore* ». Con essa la legge altro non intende che contrapporre al *debitore*, tenuto personalmente all'adempimento della obbligazione, *quegli il quale è estraneo a cotesto rapporto di obbligazione*, che perciò non lo vincola personalmente in alcun modo; ma restando però *comune* all'uno ed all'altro il

rapporto giuridico che unisce la loro persona all'immobile, sul quale gravita la garentia ipotecaria della obbligazione. Il *terzo* perciò se è tale, val dire estraneo, rispetto al debito, è possessore dell'immobile ipotecato, non diversamente di quello che lo sia lo stesso debitore, quando l'immobile ipotecato trovisi nelle mani di costui. Ora, il possesso, che il debitore debbe avere dell'immobile per sottoporlo efficacemente ad ipoteca, è il possesso a titolo di dominio; e non di altra natura quindi può essere il possesso che dell'immobile debba avere il terzo, perchè a suo riguardo la ipoteca spieghi la propria efficacia. Ed ecco perchè noi sino a questo momento abbiamo alluso al *terzo possessore*, come lo chiama la legge, parlando sempre di *acquirente* dell'immobile ipotecato dal debitore, e di *proprietario* dell'immobile che lo ipotecava per garentire l'obbligazione del debitore. E come perciò è indifferente risalire al titolo specifico di dominio, che il debitore, o il semplice datore d'ipoteca, ha dell'immobile, nel momento in cui lo grava d'ipoteca; così è indifferente stabilire il titolo specifico col quale l'acquirente diventa il *dominus* dell'immobile già ipotecato, se cioè a titolo oneroso o gratuito, per atto tra vivi o di ultima volontà; ed è quindi terzo possessore egualmente il compratore ed il legatario, il permutante, il donatario, il cessionario per costituzione di rendita, il prescrivente della proprietà dell'immobile o del diritto reale immobiliare ipotecato (quando la prescrizione non colpisca contemporaneamente la ipoteca, gravitante sull'immobile di cui si prescriva la proprietà, come spiegheremo a suo luogo).

6. Non si perda di vista, che siccome l'immobile capace di essere gravato d'ipoteca dallo stesso debitore è, non solo il pieno diritto di proprietà, propriamente detta, ma anche il diritto immobiliare di usufrutto, di nuda proprietà, di enfiteusi, cadenti sopra una cosa immobile (art. 1967); così sarà sempre egualmente terzo possessore l'acquirente di cotesto usufrutto, o nuda proprietà, o dominio diretto, o dominio utile, il quale aveva formato l'oggetto della costituzione ipotecaria; e quale che egualmente sia il titolo specifico di acquisto di cotesto diritto reale immobiliare ipotecato, se cioè a titolo

oneroso o gratuito, per atto tra vivi o di ultima volontà. Ma sarà egualmente terzo possessore, agli effetti dell'azione ipotecaria che possa e debba spiegare contro di lui il creditore, l'acquirente di uno di cotesti diritti reali immobiliari, cadenti sulla cosa, la quale era stata ipotecata nel suo diritto di piena proprietà? Il debitore ha ipotecato il podere, e naturalmente nella sua piena proprietà, come non può fare diversamente, quando ne è proprietario; poi vi ha costituito un diritto di usufrutto, o di enfiteusi; in tal caso l'usufruttuario, o l'enfiteuta, è terzo possessore dell'immobile ipotecato, perchè il creditore, a far valere la sua ipoteca, abbia nulla a vedere e trattare con lui, in quel modo che la legge prescrive, quando il terzo possessore è un compratore dell'immobile ipotecato? Noi esaminammo siffatta questione, sotto un altro punto di vista, nella Lezione XIX, dove, per eliminare l'opponibilità al creditore ipotecario di un diritto di usufrutto, di enfiteusi, o di superficie, costituito dal debitore sull'immobile da lui già ipotecato nella piena proprietà, oltre alle considerazioni attinentisi all'*interesse* del creditore, accennammo pure l'altra d'indole prettamente giuridica: che cotesto usufruttuario, cioè, ed enfiteuta non entrino nel concetto di *terzo possessore*, come la legge lo immagina e lo contempla nella subbietta materia. Or qui è opportuno meglio dichiarare una siffatta proposizione. Il possesso del terzo rispetto all'immobile ipotecato noi abbiamo detto dover essere *identico* a quello del debitore, che conservi nelle sue mani l'immobile da lui ipotecato; possesso cioè a *titolo di dominio* e del tal dominio; ciò che in altri termini vuol dire: dover essere il terzo un acquirente di quello stesso *immobile* che il debitore ipotecava. Ora, il debitore noi abbiamo supposto aver ipotecato la piena proprietà del podere, mentre il terzo di questo podere acquista soltanto un diritto di usufrutto o di enfiteusi; il possesso dell'uno dunque è diverso da quello dell'altro. Ben vero, che precedentemente noi abbiamo qualificato terzo possessore anche il semplice usufruttuario e l'enfiteuta, ma nella ipotesi che anche il debitore era usufruttuario ed enfiteuta dell'immobile, di cui egli aveva ipotecato il suo diritto di usufrutto e di enfiteusi, poscia da lui ceduto e trasmesso ad un altro; nel qual caso il possesso dell'acquirente è identico appunto a

quello del debitore alienante; possesso ch'è sempre a titolo di *dominio*, il quale non si riferisce soltanto alla *proprietà*, propriamente detta, quella definita nell'art. 436, ma anche ad un *diritto reale frazionario di cotesta proprietà*, del genere indicato nell'art. 477; quel dominio, cioè, cui si riporta la legge nell'art. 701, comprensivo della proprietà e dei diritti reali. E più chiaramente ancora, l'*immobile*, che forma l'oggetto della ipoteca, non è propriamente il podere considerato nella sua materialità, ma, o il diritto di proprietà, o il diritto di usufrutto, o il diritto di enfiteusi di questo podere e su questo podere. Or quando il debitore aliena soltanto l'usufrutto di quel podere, sulla piena proprietà del quale egli ha costituito l'ipoteca, l'acquirente non possiede quello stesso *immobile* ipotecato che prima possedeva il debitore; egli possiede una cosa giuridicamente diversa; quindi non si può dire che egli siasi sostituito al debitore, nel rapporto giuridico che intercede fra la persona e la cosa oggetto della ipoteca; e quindi non può dirsi ch'egli sia, benchè terzo rispetto alla obbligazione, identicamente possessore dell'immobile ipotecato, come l'originario ipotecante.

Vedemmo pure nella Lezione XIX come in fatto ed in pratica la questione di diritto poteva essere assorbita ed eliminata dalla circostanza, che il creditore non avesse interesse a non riconoscere la validità del diritto di usufrutto o di enfiteusi, costituito sull'immobile a lui ipotecato. Ma tutte volte che questo interesse risorge, insistiamo nel concetto di non ravvisare in cotesto usufruttuario o enfiteuta la qualità di terzo possessore dell'immobile ipotecato, ond'egli possa esercitarne le facoltà stabilite dalla legge, e che verremo in seguito dichiarando.

7. *Quid* dell'acquirente di una parte dell'identico immobile ipotecato dal debitore? In principio di diritto questo acquirente è *terzo possessore*, perchè realmente egli possiede la stessa cosa, benchè in quantità minore, che possedeva il debitore; ma se questa divisione, che il debitore fa dell'immobile ipotecato, pregiudica l'interesse del creditore, l'acquirente non può contro di lui avvalersi di quelle facoltà che la legge accorda al terzo possessore, quando egli

voglia avvalersi di tali facoltà limitatamente alla parte dell'immobile ipotecato da lui acquistata, secondo le spiegazioni date nella Lezione XX.

8. Dalla definizione data del terzo possessore dell'immobile ipotecato risulta, che, da una parte, non è tale il conduttore, il creditore anticretico, ed il possessore in genere a titolo precario dell'immobile ipotecato; e dall'altra parte, neppure è terzo possessore l'erede, il fideiussore, il debitore solidale, che diventino proprietari dell'immobile ipotecato. Perocchè, se il conduttore è terzo rispetto alla obbligazione, garentita ipotecariamente dall'immobile di cui egli è in possesso, non ha di questo immobile il possesso a titolo di dominio; egli possiede in nome altrui, in nome cioè del locatore, contro il quale il creditore conserva integro il diritto di espropriargli i beni onde pagarsi delle sue ragioni; diritto schiettamente personale, nonostante la sua legittima causa di prelazione di fronte agli altri creditori. L'erede, poi, benchè con la successione acquisti l'immobile ipotecato a garentia della obbligazione, cui egli non ha preso parte personalmente, per la confusione giuridica ereditaria del suo patrimonio con quello del defunto si reputa continuare in tutto e per tutto la persona stessa di costui; di guisa che gli è come se avesse egli medesimo contrattata l'obbligazione, cui perciò non può dirsi terzo. Ma siccome appunto nel caso di più eredi, ciascuno di questi rappresenta per la sua parte la persona del *de cujus*, in guisa che fra di loro si dividono *ipso jure* i crediti ed i debiti (art. 1027 e 1029); così quello degli eredi, che possiede l'immobile ipotecato dal *de cujus* a garentia di tutto il credito, è *terzo possessore* per la parte del debito ereditario, la quale ecceda il suo contributo. Epperò, pagata cotesta sua quota contributiva del debito, egli può rilasciare l'immobile, come un altro terzo acquirente qualunque, onde sottrarsi ad ogni ulteriore azione del creditore, ove di sua volontà non preferisca soddisfar costui dell'intero e poi rivalersene contro i coeredi. Se l'art. 1029 dice che l'erede è *tenuto* ipotecariamente per l'intero, è soltanto per dichiarare che il creditore, per il principio della indivisibilità ipotecaria, può spiegare la sua azione *reale* contro

l'erede possessore dell'immobile ipotecato, minacciandolo di espropriazione, onde pagarsi di tutto il credito sul prezzo di quell'immobile, senza bisogno di rivolgersi contro gli altri eredi. Ma non vuol dir già che uno degli eredi, sol perchè possessore esclusivo dell'immobile ipotecato dal *de cujus*, diventi debitore personale di tutto il debito, e che perciò il creditore possa agire contro di lui con l'azione personale per l'intero. Insomma la condizione del coerede, possessore dell'immobile ipotecato dal *de cujus*, quando ha pagato la sua quota contributiva del debito ereditario, rientra nei termini degli art. 2013 e 2014, ov'è delineata la posizione del terzo possessore in genere.

Il fideiussore, benchè sussidiariamente, obbliga la sua persona verso il creditore, è debitore; quindi, o egli stesso abbia vieppiù rafforzata la garentìa accordando anche un'ipoteca sui proprii beni, o sia divenuto in seguito proprietario dell'immobile ipotecato dal debitore principale, egli non può mai invocare la qualità di *terzo possessore*, appunto perchè non è estraneo, non è terzo rispetto alla obbligazione.

Dicasi altrettanto e meglio del debitore solidale, il quale acquisti l'immobile, ipotecato a garentia del credito, o dall'altro condebitore, o da un terzo; perchè ciascun debitore solidale è obbligato direttamente e principalmente per l'intero di fronte al creditore, la divisione dell'obbligazione per contributo riguardando esclusivamente l'interesse ed i rapporti dei debitori fra di loro.

9. La circostanza quindi che la qualità di possessore dell'immobile ipotecato acceda più tardi all'altra di debitore della obbligazione ipotecaria, non ha influenza per dare a costui una posizione giuridica diversa da quella che egli ha, quando quelle due qualità coesistano originariamente nella sua persona. Ma è parimenti senza influenza la circostanza inversa, quando cioè il datore d'ipoteca, o l'acquirente dell'immobile ipotecato, succeda a titolo particolare nella obbligazione del debitore, perchè a tal modo egli ha cessato di essere *terzo*, nel momento in cui gli potrebbe giovare il far valere siffatta qualità. Ed è precisamente in tal caso che la legge, dove

indica le speciali diverse facoltà di cui possa avvalersi il terzo possessore (art. 2016 e 2040), parla di un *terzo possessore, il quale non sia obbligato personalmente per il debito;* espressione che a prima giunta può sembrare contraddittoria, ma che invece si spiega con quel riferimento di successiva aggiunzione della qualità di debitore alla originaria di semplice possessore dell'immobile ipotecato. E sarà appunto nell'esaminare quelle diverse facoltà, che la legge accorda al terzo possessore, dove noi vedremo in che modo questi possa avere assunto posteriormente anche la qualità di debitore, per non dovergli più così riconoscere quelle cotali facoltà.



Lezione Trentesimaprima



Sommario: Oggetto e contenuto dell'azione ipotecaria del creditore contro il terzo possessore dell'immobile ipotecato. — *Facoltà,* che la legge accorda al terzo possessore per evitare la *espropriazione dell'immobile* nelle sue mani: *purgazione; rilascio; pagamento.* — Delle *eccezioni* che il terzo possessore può preliminarmente opporre alla azione ipotecaria del creditore.

1. Qual'è dunque la posizione che la legge ed i principii creano al terzo possessore dell'immobile ipotecato di fronte al creditore ipotecario? Gli art. 2013 e 2014 la delineano nei seguenti termini: « Il terzo possessore dell'immobile ipotecato, che non adempie alle formalità stabilite nella sezione X di questo capo per *rendere libera la sua proprietà* (che non istituisca cioè il *giudizio di purgazione,* di cui negli art. 2040 e seg.), è tenuto a *rilasciare l'immobile* senza alcuna riserva, qualora non preferisca *pagare i crediti iscritti ed i loro accessorii a norma dell'art.* 2010. Se il terzo possessore non rilascia l'immobile, nè paga i crediti, qualunque creditore munito di efficace ipoteca può far *vendere l'immobile.* La vendita però non avrà luogo se non sono trascorsi trenta giorni

dopo il precetto fatto al debitore di pagare, e dopo che tale precetto fu notificato al terzo possessore, con la intimazione *di pagare o rilasciare l'immobile* ». Dall'insieme delle surriferite disposizioni in sostanza risulta, che al terzo possessore sono aperte quattro vie diverse, onde regolare definitivamente la sua posizione di rincontro al creditore ipotecario: *pagare; purgare; rilasciare l'immobile; lasciarsene espropriare.* Ed esse costituiscono tutte altrettante sue facoltà; nel senso ch'egli può attenersi liberamente a quella di cui meglio ravvisi la convenienza e l'opportunità. L'espressione della legge perciò in verità non è esatta, quando dice che il terzo possessore è *tenuto a rilasciare l'immobile*, qualora non preferisca, o purgare, o pagare, o lasciarsi espropriare; come se si trattasse di una obbligazione facoltativa, di cui l'oggetto diretto e principale fosse quel rilascio, e gli altri partiti altrettanti espedienti facoltativi per prevenirlo ed eliminarlo. E neppure è esatta la espressione della legge, quando parla della intimazione che il creditore debba notificare al terzo *di pagare o di rilasciare l'immobile;* come se il pagamento o il rilascio costituissero l'oggetto ed il contenuto della sua azione ipotecaria.

2. Giova ben chiarire questo punto di diritto, per l'esattezza dei principii. Il terzo, appunto perchè tale, non è *tenuto*, cioè obbligato, a niente. Soltanto, essendo egli possessore dell'immobile, sul quale grava il diritto legittimamente quesito del creditore, non può opporsi a che questo diritto si esplichi e si attui. E qual'è il contenuto di cotesto diritto? La realizzazione del prezzo dell'immobile, perchè il creditore su di esso si rivalga delle sue ragioni, nell'ordine e nella misura assicuratigli dalla propria iscrizione. Ed in che modo si realizza il prezzo dell'immobile? Mercè la espropriazione forzata. Ecco dunque ciò che deve, non già fare, ma tollerare il terzo possessore; lasciarsi cioè espropriare di quell'immobile, che il creditore avrebbe all'occorrenza espropriato nelle mani del debitore, ove questi tuttora ne conservasse il possesso. E non altro che per cotesta espropriazione può insistere il creditore ipotecario, mettere cioè in movimento la sua azione reale. Ma la legge ravvisa altri mezzi, i

quali, pur dando soddisfazione al diritto del creditore, tutelino o possano meglio tutelare contemporaneamente il diritto del terzo possessore; ed allora essa costituisce arbitro costui, perchè di cotesti mezzi egli usi e giudichi se gli torni spediente usarne. La intimazione perciò che il creditore ipotecario faccia al terzo possessore di pagare o di rilasciare l'immobile, a norma del capoverso dell'art. 2014, non ha e non può avere altro senso che questo: che il creditore intende procedere alla vendita dell'immobile, e ne avverte il terzo possessore; ricordandogli per altro che, se vuole, può prevenire l'espropriazione contro di lui, pagando o rilasciando l'immobile. Ricordo diciamo noi superfluo, perchè il terzo possessore tiene quelle facoltà dalla legge e non dal beneplacito del creditore; tanto vero che di facoltà il terzo possessore ne ha un'altra, la purga, e di cui potrà ancora avvalersi dopo la intimazione del creditore, quantunque in questa non menzionata, nè richiamata alla sua memoria. La formola dunque del *paga o rilascia* nella intimazione al terzo possessore è una formola di stile e di tradizione, che ci viene dal diritto romano « *aut pecuniam solvat, aut rem restituat* ». Quello ch'è necessario è l'avvertimento in forma legale al terzo possessore: di aver già il creditore precettato il debitore di pagare; e che se questo non paghi, egli intenda procedere alla vendita forzata dell'immobile contro di lui; come quegli che ha il possesso della cosa, la quale deve fornire il danaro sufficiente a soddisfarlo delle sue ragioni, almeno sino a concorrenza del prezzo ricavabile dalla vendita dell'immobile e delle somme di credito protette dalla iscrizione ipotecaria.

3. È ben inteso che il terzo possessore può prendere egli stesso l'iniziativa per regolare la sua posizione di fronte al creditore ipotecario, pagando le somme iscritte a norma dell'articolo 2010, o istituendo il giudizio di purgazione; chè certo nè può provocare di sua volontà la espropriazione, nè ha alcuno interesse a rilasciare l'immobile prima che il creditore agisca. Ma ordinariamente il terzo possessore aspetterà sempre che il creditore spieghi la sua azione ipotecaria contro di lui, onde prendere un partito, pel quale gli giova aspettare il più che può a decidersi, compreso quello di pagare o di

purgare. Epperò, noi studieremo nei loro particolari queste diverse facoltà che la legge accorda al terzo possessore, movendo dalla ipotesi che il creditore ipotecario si faccia innanzi a provocarne l'adozione e la scelta. Onde occorre appunto prima stabilire in qual modo deve il creditore iniziare il procedimento contro il terzo.

Il creditore ipotecario comincerà con l'intimare *al debitore* il precetto di pagare; notificherà poi questo precetto al *terzo*, intimandogli al tempo stesso di pagare o di rilasciare l'immobile (art. 2014). Questa intimazione in sostanza, come abbiamo precedentemente osservato, non è che una diffida fatta al terzo di decidersi per un partito qualunque, sotto minaccia altrimenti di vedersi espropriato dell'immobile acquistato; tanto vero che la legge accorda al terzo un congruo termine, quello di trenta giorni, appunto perchè si risolva con cognizione di causa. Tale essendo lo scopo della intimazione, questa può essere formulata con termini equipollenti, tali che racchiudano ed esprimano il contenuto di una messa in mora del terzo; onde sarebbe egualmente valida se, invece di pagare o rilasciare, ingiungesse al terzo soltanto di pagare, o soltanto di rilasciare, o tutto insieme di pagare, di rilasciare o di purgare. Sarebbe egualmente valida se ingiungesse al terzo di uniformarsi alle disposizioni degli art. 2013 e 2014, senz'altra specificazione.

Cotesta intimazione, oltre che come preliminare della espropriazione, adempie anche all'ufficio di atto interruttivo della prescrizione della ipoteca. Ma quando il creditore non sia ancora in grado di agire per il pagamento, per non essere ancora giunta la scadenza del credito, se egli vuol interrompere la prescrizione contro il terzo ha il diritto d'intimargli un atto *ad hoc;* ma al tempo stesso gl'incombe l'obbligo di dare a quest'atto la forma di una vera domanda giudiziale, rivolta a far dichiarare la sussistenza del suo diritto d'ipoteca (art. 2126); la semplice intimazione di pagare o di rilasciare non essendo all'uopo sufficiente, perchè nulla nella forma e nella sostanza.

4. È importante intanto notare che i primi passi il creditore ipotecario deve farli contro il personale suo debitore con la notifica-

zione del precetto a pagare, interessato com'è costui ad arrestare ogni ulteriore procedimento anche contro il terzo, verso il quale egli sarebbe pur sempre obbligato a titolo di garentia e di rivalsa (art. 2022). E d'altra parte il terzo ha alla sua volta un legittimo interesse che il debitore sia messo in mora, onde questi possa appunto all'ultimo momento decidersi a pagare, e liberare così lui da ogni molestia e conservarlo nel pacifico possesso del suo acquisto.

Pel modo come si esprime l'art. 2014, non è più possibile in diritto patrio discutere, come avviene pel Codice francese, se il creditore abbia facoltà di far prima l'intimazione al terzo e poi notificare il precetto al debitore, anzichè viceversa. L'art. 2014, dice che al terzo va notificato il precetto, *ch'è già stato fatto al debitore*, e che insieme a quella notificazione è intimato il « paga o rilascia ». Il qual procedimento d'altronde è il più corretto; perchè il terzo, appena diffidato dal creditore, deve poter contare che il debitore si affretti a rilevarlo da una minaccia di cui egli è legalmente responsabile; e non può contarvi, se non supponendo che il debitore già conosca la pressante intenzione del creditore a farsi pagare, manifestatagli colla notificazione del precetto.

Per quanto riguarda le forme speciali del precetto e della intimazione di cui nell'art. 2014, come pure la preliminare notificazione del titolo esecutivo al debitore e la perenzione del precetto, si osserveranno le norme ordinarie del Codice di procedura civile, cui basta riportarci.

A queste notificazioni ed intimazioni di cui nell'art. 2014, come accennavamo, succede un primo periodo di sosta, onde il terzo possessore deliberi su quello che gli convenga fare. Questo termine è di trenta giorni, a contare dalla notificazione ed intimazione fatta *al terzo possessore, non già al debitore;* la quale ultima avrebbe potuto aver luogo molto tempo prima, senza che il terzo ne sapesse nulla, e contro cui perciò non si potrebbe procedere immediatamente dopo che glie ne fosse dato avviso, senza snaturare lo scopo stesso di tale intimazione, di tal messa in mora. Questo periodo di trenta giorni poi sarà lasciato completamente libero al debitore ed al terzo, non computandosi cioè in esso il *dies a quo* della notificazione, nè il

dies ad quem dello spirare del termine; perchè l'art. 2014 parla di *trenta giorni* TRASCORSI *dopo* la notificazione del precetto, e questi trenta giorni non *trascorrerebbero* interi a favore del notificato, se l'esecuzione potesse cominciare nel trentesimo giorno del termine.

Trascorso il termine di trenta giorni, senza che il terzo abbia preso un partito, il creditore potrà procedere contro di lui, senz'altro, alla vendita dell'immobile, non occorrendogli alcuna sentenza di condanna o altro titolo esecutivo contro la persona del terzo. Ciò però non vuol dire che il terzo non possa arrestare la vendita, decidendosi, dopo che questa è promossa, a pagare, a rilasciare, a purgare; perchè, mentre egli potrà sempre ancora avvalersi delle due prime facoltà, sino a che la vendita non abbia avuto effettivamente luogo, come dimostreremo; potrà anche purgare almeno entro i dieci giorni successivi al decorso dei trenta giorni, di cui nell'articolo 2014, subito dopo dei quali il creditore avesse promosso la vendita; la legge accordandogli la facoltà d'istituire il giudizio di purga entro il termine di quaranta giorni dalla notificazione del precetto e dalla intimazione, di cui nell'art. 2014. Ma il creditore ad ogni modo, trascorsi i trenta giorni, può instare per la vendita.

5. Ora, può avvenire che il terzo non si sia deciso prima a pagare, a rilasciare, o purgare, nè intenda farlo in seguito, perchè sa di avere delle eccezioni da opporre al creditore; eccezioni dilatorie o perentorie, le quali costituiscono per lui un vantaggio, cui non intende rinunziare, e che perciò aspetta di far valere, quando il creditore spiegherà contro di lui la sua azione ipotecaria. Vediamo quindi anzitutto quali possono essere queste eccezioni, che lo esimerebbero, e dal pagare, e dal rilasciare, e dal purgare, e dal farsi espropriare, almeno pel momento; onde poi, ove queste eccezioni non sussistano o non esistano, studiare quei diversi modi che il terzo deve alternativamente scegliere, se non vuol perdere l'immobile.

Ai termini dell'articolo 2015 « il terzo possessore che ha fatto trascrivere il suo contratto di acquisto, e che non fu parte nel giudizio in cui venne pronunziata la condanna del debitore, se questa è posteriore alla trascrizione, è ammesso ad opporre le eccezioni

che non fossero state opposte dal debitore, purchè non siano meramente personali al medesimo. Può anche in tutti i casi opporre le eccezioni che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna ». Risulta anzitutto da questo articolo, che le eccezioni di cui la legge intende ivi occuparsi sono quelle le quali riferisconsi sempre al rapporto giuridico intercedente fra creditore e debitore; non perchè il terzo non possa mai opporre al creditore eccezioni che riferisconsi allo speciale suo proprio rapporto giuridico nascente dal fatto stesso del possesso, ma perchè coteste eccezioni entrano nei principii generali di diritto della loro deducibilità, ed ai quali la legge si rimette. In riguardo alle prime dunque l'art. 2015 comincia col distinguere: se le eccezioni spettanti al debitore siano o pur no state opposte da costui nel giudizio di condanna, e se questa condanna sia anteriore o posteriore all'acquisto dell'immobile ipotecato da parte del terzo. Ove la condanna sia anteriore, abbia o non abbia opposto il debitore le eccezioni che gli competevano, non può mai più opporle in suo nome il terzo, quando il creditore agirà contro di lui per la vendita; perchè in ogni caso il terzo, acquistando l'immobile ipotecato dopo la condanna del debitore, ha accettato, quale trovasi stabilita nella sentenza, la condizione ed il modo di essere della obbligazione garentita ipotecariamente da quell'immobile; egli insomma ha acquistato con cognizione di causa da un debitore, di cui non ignorava la posizione rispetto alla obbligazione, e conseguentemente rispetto all'immobile su cui gravava la garentia reale che passava nelle sue mani. Il debitore dunque ha opposto l'eccezione di termine non accolta nella sentenza, o non l'ha opposto affatto, venendo così egualmente condannato a pagare *illico et immediate;* ebbene il terzo, che dopo la condanna ha acquistato l'immobile ipotecato per il debito cui essa si riferisce, non può più dedurre quella stessa eccezione di termine; osta, non solo la cosa giudicata, ma la mancanza di un suo diritto a prevalersene.

6. La condanna invece del debitore al pagamento del debito è posteriore all'acquisto dell'immobile ipotecato da parte del terzo? Ebbene, bisogna ancora distinguere: se il terzo sia intervenuto o pur

no nel giudizio intentato dal creditore contro il debitore; intervento possibile e lecito, il terzo avendo ormai già veste ed interesse per provvedere a tempo alla sua sorte, che certamente può dipendere dall'esito di quel giudizio; in quanto è chiaro che, assolto il debitore, il creditore non possa neanche più molestare il terzo. Quando dunque il terzo è intervenuto nel giudizio diremo di merito, egli nemmeno potrà mai più opporre, nel giudizio di espropriazione, eccezioni che spettavano al debitore, le abbia questi o no opposte; perchè, se opposte, sono state valutate una volta e non v'è ragione di ritornarci sopra; e se non sono state opposte, il terzo *imputet sibi* di non averle dedotte allora egli stesso, come ne aveva il diritto. Ma quando il terzo non è intervenuto nel giudizio in cui fù pronunziata la condanna del debitore, per non esservi stato chiamato, o per non aver creduto d'intervenirvi volontariamente; allora, quando il creditore più tardi agirà contro di lui per la vendita dell'immobile, il terzo potrà ancora in sede di esecuzione opporgli quelle eccezioni, che in sede di merito avrebbe potuto opporgli e non gli ha opposto il debitore. Quindi, se costui non ha opposto l'eccezione di termine, e sia stato condannato a pagare puramente e semplicemente, il terzo, quando sarà azionato per la vendita dell'immobile, reclamerà il beneficio del termine, onde respingere pel momento la persecuzione del creditore, ed aspettare la scadenza originaria della obbligazione per decidersi a prendere partito. Lo che è affatto giusto, da una parte il terzo avendo calcolato su quel tempo della scadenza (art. 1987, n. 6), e dall'altra parte non potendo il debitore pregiudicare con la sua negligenza o malafede la condizione del terzo, ch'è suo avente causa; e cui non si può rimproverare di non aver egli stesso sollevata l'eccezione del termine, per aver supposto che egli non sia intervenuto nel giudizio, in cui venne pronunziata la condanna del debitore.

Facciamo intanto osservare, che se il terzo, il quale acquisti l'immobile ipotecato dopo che la sentenza di condanna del debitore ha fatto passaggio in cosa giudicata, non possa più opporre le eccezioni che spettavano al debitore e che questi non ha opposto; ove invece egli acquisti l'immobile dopo una sentenza di condanna del

debitore di primo grado soltanto, ha il diritto di opporre le eccezioni che questi avrebbe potuto opporre e non ha opposto in grado d'appello; perchè, entrato di mezzo l'interesse del terzo, non deve essere più lecito al debitore di pregiudicare col fatto suo la condizione di un proprio avente causa. Epperò il creditore ipotecario, a prevenire che più tardi il terzo sollevi eccezioni nel giudizio di espropriazione, agirà prudentemente a chiamarlo in causa nel giudizio di merito contro il debitore; e non solo quando questo terzo acquisti l'immobile ipotecato prima che egli inizi quel giudizio, ma anche quando l'acquisti dopo che sia iniziato e prima che sia esaurito il giudizio stesso.

7. Noi abbiamo sempre parlato sin qui del tempo *dell'acquisto* dell'immobile da parte del terzo, mentre l'art. 2015 parla del tempo *della trascrizione del contratto di acquisto;* trascrizione anzi di cui esso fa una condizione perchè il terzo possa opporre delle eccezioni. Abbiamo usato quella formola più larga, per comprendervi anche i titoli di acquisto che non sono soggetti a trascrizione, come per esempio il legato; mentre non vi è dubbio che la legge, rispetto alla deducibilità delle eccezioni, non voglia trattare allo stesso modo così il compratore come il legatario dell'immobile ipotecato, essendo l'uno e l'altro egualmente terzi possessori. L'articolo 2015 contempla l'atto tra vivi soltanto come caso più ordinario, e per esso s'intende che bisogna aver riguardo al tempo della trascrizione, senza della quale neppure si può parlare veramente di acquisto nel rapporto fra i terzi (art. 1942); mentre l'acquisto per atto di ultima volontà è perfetto, in virtù del solo titolo testamentario, *erga omnes.*

Lezione Trentesimaseconda

Sommario: Continuazione delle *eccezioni spettanti al debitore*, le quali possono essere opposte dal terzo possessore dell'immobile ipotecato, *nel suo interesse*, all'azione ipotecaria del creditore. — Delle *eccezioni personali al terzo possessore*, le quali possono essere opposte, *in suo nome e nel suo interesse*, al creditore ipotecario.

1. Abbiamo veduto come il terzo possessore, il di cui acquisto sia anteriore alla condanna del debitore, e che non sia intervenuto nel giudizio in cui fu pronunziata cotesta condanna, può opporre al creditore, il quale agisce contro di lui per la vendita, le eccezioni che competevano al debitore, ma che questi invece non abbia realmente opposte in quel giudizio. Or bene, pur sussistendo tali condizioni ed estremi di fatto, l'art. 2015 vieta al terzo possessore di opporre le eccezioni *puramente personali al debitore;* di modo che, non opposte siffatte eccezioni dal debitore personalmente, non può più opporle in nome di costui il terzo possessore. E quali esse sono?

La indagine si presenta quasi nuova nella nostra dottrina, perchè provocata dalla disposizione dell'articolo 2015 del Codice patrio, la quale non ha riscontro che nell'art. 2287 del Codice sardo. Gli scrittori italiani, che per quanto a noi risulta si sono occupati direttamente o indirettamente del nostro art. 2015, o non si soffermano a dichiarare quali siano le eccezioni che ivi la legge considera *puramente personali al debitore;* o affermano trattarsi delle eccezioni le quali hanno riferimento alla *incapacità giuridica* del debitore; le eccezioni, cioè, di *minore età*, d'*interdizione*, d'*inabilitazione*, di *stato di donna maritata* (art. 1106 e 1300).

Questa interpretazione può sembrare a prima giunta indiscutibile, per la circostanza che la legge stessa, in altro rincontro, annovera espressamente fra le eccezioni *meramente* o *puramente per-*

sonali al debitore la *minore età* di costui (art. 1899); e non vi può essere dubbio che, in tal rincontro, alla minore età, *presa come esempio*, debba equipararsi la interdizione, la riabilitazione, la condizione di donna maritata; o quell'altra qualunque causa per la quale la legge dichiara certe persone incapaci di compiere determinati atti (art. 1106). Ond'è che poi la legge, considerando siffatte eccezioni come puramente personali al debitore, vieta che possa opporle in nome di costui il suo fideiussore, o il suo condebitore solidale (art. 1927 e 1193). E che se perciò nell'art. 2015 si trova ripetuta quella medesima espressione, di cui non è dubbio il significato negli art. 1899, 1927 e 1193, devesi anche in esso art. 2015 ammettere e riconoscere di tale espressione l'identico valore e significato.

2. Nondimeno, dietro maturo esame, siffatta interpretazione, del concetto di *eccezione puramente personale al debitore*, non è accettabile nei rapporti giuridici contemplati dall'art. 2015; come quella che sovvertirebbe altri principii di diritto, e metterebbe la legge in contraddizione con sè medesima. Difatti, lasciare arbitro il debitore di opporre o no al creditore ipotecario le eccezioni della sua incapacità ad obbligarsi (art. 1300 e 1302), col divieto al terzo possessore dell'immobile ipotecato di dedurle egli nel suo interesse, per far salvo il proprio acquisto (che supponiamo avvenuto regolarmente; o perchè il debitore ha venduto l'immobile quando era divenuto capace; o perchè, essendo incapace, la vendita è stata compiuta nei modi voluti dalla legge nel suo interesse, secondo dichiara l'art. 1304); ammettere questo, diciamo, è come ammettere la conferma o ratifica di un atto annullabile *in danno dei diritti dei terzi*, contro l'espressa salvezza che di cotali diritti fa l'art. 1309 del nostro Codice civile. Il terzo, che *ha acquistato validamente* l'immobile, *ipotecato nullamente* dal debitore incapace, ha calcolato che questo farebbe un giorno valere tale sua eccezione d'incapacità contro il creditore, che lo richiedesse in giudizio del pagamento; onde così, annullata l'obbligazione, venisse meno, come accessorio, anche l'ipoteca (art. 2029, n. 1); e non potesse quindi

più egli, acquirente, temere l'evizione dell'immobile da parte del creditore, a cui favore era stato nullamente ipotecato. Ora, se il debitore non ha fatto il dover suo, non opponendo al creditore quella sua eccezione, l'acquirente deve poterla opporre egli stesso. Ed è in questo senso appunto che l'art. 1309, permettendo all'incapace di confermare espressamente o tacitamente l'atto da lui nullamente contratto (ed è anche un confermare l'atto annullabile il non opporre le eccezioni, che lo possono far dichiarare inefficace), *fa però salvi i diritti dei terzi.* Di guisa che costoro, azionati dal creditore in forza del titolo confermato, potranno ancora resistergli con quelle medesime eccezioni, alle quali il confirmante, loro comune dante causa, ha pur già rinunziato nel suo personale interesse confermando l'atto nullo; non per altra via i terzi potendo *far salvi i loro diritti*, come la legge loro concede e secondo essa si esprime.

È singolare che gli autori cui alludiamo sostengono: potere il terzo possessore dell'immobile ipotecato opporre al creditore, che agisce contro di lui con l'azione ipotecaria, la eccezione di nullità del titolo riposta *in un vizio di consenso del debitore*, il quale abbia contrattato cioè sotto l'influenza del dolo, dell'errore, o della violenza; quando siffatta eccezione non sia stata opposta dal debitore stesso nel giudizio di condanna. Ed è vero; sempre per la medesima ragione che la conferma espressa o tacita di un atto annullabile non può pregiudicare i diritti dei terzi validamente quesiti; pel principio che la conferma non ha, in altri termini, effetto retroattivo a danno di cotesti diritti. Ma la legge, per quanto riguarda l'annullamento di un atto, mette allo stesso livello, tanto il vizio di consenso, quanto la incapacità legale del contraente (art. 1300); e quando perciò la legge stessa parla nell'art. 1309 della conferma e ratifica espressa o tacita di un atto annullabile, con salvezza dei diritti dei terzi, si riferisce agli atti la cui annullabilità dipenda da qualunque di quelle cause indicate nell'art. 1300, non facendo essa alcuna distinzione, e non vi essendo motivo per farne.

3. Ma come allora eliminare l'obbiezione: che, non considerando nell'articolo 2015 una *eccezione puramente personale al*

debitore la incapacità di costui, permettendo così al terzo possessore di dedurla egli quando non l'ha opposto il debitore, si verrebbe a dare a quella frase un significato diverso da quello, che la legge le attribuisce negli art. 1899, 1927 e 1193? La obbiezione è bell'eliminata, quando si rifletta che la legge, nè definisce *astrattamente* in questi articoli cos'è la eccezione puramente personale al debitore, nè dice *astrattamente* che la incapacità del debitore è un'eccezione a lui puramente personale! La legge invece si limita soltanto a considerare negli art. 1899, 1927 e 1193, *a proposito degli speciali rapporti giuridici della fideiussione e della solidalità*, la incapacità del debitore principale, o del correo che n'è colpito, quale una eccezione *personale* a costui, nel senso di non permettere che contro il creditore possa farla valere un'altra persona, la persona cioè del *fideiussore* o dell'*altro correo capace*. Ma perchè un'eccezione è personale in un dato rapporto giuridico, nel senso appunto ch'essa sia deducibile soltanto dalla persona da cui si origina, ciò non vuol dire che in un altro rapporto giuridico quella stessa eccezione non possa non essere più personale; non possa cioè non essere opposta da una persona diversa da quella in cui mette radice. E questo è proprio il caso dell'art. 2015, dove, nel rapporto giuridico che crea l'azione ipotecaria, cessa di essere personale di fronte al terzo possessore, quella eccezione d'incapacità del debitore, ch'è a costui personale nel rapporto giuridico stabilito dalla fideiussione e dalla solidalità, di fronte al fideiussore e l'altro correo.

E ne possiamo brevemente assegnare le ragioni, riposte nella intrinseca diversa natura giuridica di quei varii speciali istituti. Lo scopo stesso della fideiussione e della solidalità esclude che il fideiussore ed il correo capace possa opporre al creditore la eccezione d'incapacità del debitore principale o dell'altro correo; perchè il fideiussore e ciascun correo fa suo il rapporto obbligatorio col creditore, è val dire egli stesso *debitore*. E lo è appunto per la maggior sicurezza del creditore, il quale, temendo o prevedendo di non potere, per uno o per un altro ostacolo, essere pagato da quella sola data persona, chiede ed ottiene che un'altra o più persone si obblighino a pagarlo per quel medesimo ed unico suo titolo di credito. E

quindi si comprende come il fideiussore ed il correo non possano opporre all'azione del creditore, rivolta contro di essi, se non, o le eccezioni inerenti alla obbligazione obbiettivamente considerata, o le eccezioni che riguardano esclusivamente la loro propria persona, e non mai quelle che riguardano la persona del debitore principale o dell'altro correo. Ma il terzo possessore dell'immobile ipotecato invece non ha mai assunto alcun obbligo e impegno verso il creditore; e quindi egli ha il diritto di difendere contro di lui in tutti i modi il suo acquisto; opponendo tutte le eccezioni che poteva opporre il debitore suo dante causa, l'unica persona che in fondo è responsabile del contenuto della obbligazione, per la quale il creditore agisce. Fra queste eccezioni havvi quella d'incapacità a contrattare, ed il terzo, *in nomine et ex capite debitoris*, se ne prevale così come di un'altra.

4. Noi dunque riteniamo che le eccezioni puramente personali al debitore, di cui nell'art. 2015, siano quelle soltanto, il cui esercizio costituisca una *facoltà* esclusivamente inerente alla sua persona e non eseguibile da altri. Il debitore ha stipulato che alla scadenza, invece di pagare quella data somma per cui ha ipotecato l'immobile, poscia venduto al terzo, si riserba il diritto di una *datio in solutum* di un certo oggetto, o dell'esecuzione di un suo lavoro o fatto a favore del creditore, che consente. Arrivata la scadenza, il creditore chiede in giudizio al debitore il pagamento della somma; ma questo, che può evitare la condanna dichiarando di prescegliere quell'altro mezzo di adempiere la sua obbligazione, si lascia invece condannare come debitore puro e semplice di somma. Il creditore allora agisce per la espropriazione dell'immobile a lui ipotecato contro il terzo possessore; e questo non potrà a lui opporre quella *facultas solutionis* che gli poteva opporre, ma non gli ha opposto, il debitore; perchè è materialmente e giuridicamente impossibile che una persona diversa dal debitore faccia ciò che questi non ha voluto fare, e che dipende affatto dalla sua incoercibile volontà. La parola eccezione dunque da questo primo punto di vista nell'art. 2015 prende il significato di *mezzo di difesa* in genere contro l'azione del creditore.

Ma noi riteniamo anche, che eccezioni puramente personali al debitore, secondo l'art. 2015, siano quelle che riguardano le forme procedurali del giudizio in cui è pronunziata la sua condanna. Supposto, per esempio, che il creditore ipotecario abbia irregolarmente iniziato o proseguito il giudizio contro il debitore per farlo condannare al pagamento del debito, e che il debitore non abbia sollevato coteste eccezioni di rito, sanandole così con la sua acquiescenza; dopo che egli sarà stato condannato, non potrà il terzo possessore riprendere quelle eccezioni per conto suo, perchè esse non concernono il merito del rapporto giuridico, e non lo possono interessare se non per un riprovevole motivo di portare in lungo la lite ed accumulare maggiori spese giudiziarie; e perchè, se il debitore non ha opposto quelle eccezioni, non per questo è venuto alcun danno al terzo possessore.

3. Soggiunge il capoverso dell'art. 2015, che il terzo possessore può, in tutti i casi, opporre le eccezioni *che spetterebbero ancora al debitore dopo la condanna.* Quindi, se dopo la condanna, il debitore ha pagato, o è divenuto creditore del suo creditore, o ha fatto con lui una transazione, o ha prescritto il suo debito; il terzo possessore può, *ex capite et ex nomine debitoris*, opporre all'azione ipotecaria del creditore l'eccezione *de soluto*, di compensazione, di transazione, di prescrizione. Ed *in tutti i casi*, dice la legge; concorrano cioè o no le condizioni, che a tenore della prima parte dell'articolo 2015 sono necessarie, onde il terzo possa dedurre le eccezioni spettanti al debitore *prima della condanna*, e dal debitore non dedotte. Quindi il terzo possessore può opporre l'eccezione di seguito pagamento, anche quando la condanna del debitore sia anteriore al suo titolo di acquisto, o, essendo posteriore, il terzo sia intervenuto nel giudizio in cui fu pronunziata la condanna del debitore.

Eccezioni posteriori alla condanna del debitore spettanti a costui, e che perciò in suo nome può opporre il terzo possessore a norma del secondo comma dell'art. 2015, sono anche quelle che riguardano il giudizio di esecuzione. Il terzo perciò può opporre la nullità o la

perenzione del precetto fatto al debitore, così come potrebbe opporre l'assoluta mancanza di esso, il quale è imposto dall'art. 2014.

6. Dispone l'ultimo comma dell'art. 2015 che « le suddette eccezioni non sospendono il corso dei termini stabiliti per la purgazione ». Ciò vuol dire soltanto che il terzo possessore, nell'incertezza dell'accoglimento di quelle eccezioni, si metterà in regola per non precludersi la via del giudizio di purgazione, come uno dei mezzi atti a scongiurare la espropriazione. Epperò, il terzo si affretterà a trascrivere entro il termine stabilito nell'art. 2041, ed adempierà all'obbligo di cui negli art. 2042 a 2044. Ma fatto questo, sarà necessario sospendere ogni ulteriore procedimento della purga, per valutare e decidere prima quelle eccezioni, che potrebbero renderlo inutile.

7. L'art. 2015, come abbiamo veduto, non si occupa che delle eccezioni proponibili dal terzo possessore in nome e da parte del debitore. Ciò però non vuol dire, come afferma taluno, che il terzo possessore contro l'azione ipotecaria del creditore non possa mai opporre *eccezioni a lui stesso personali*. La legge se ne rimette col suo silenzio ai principii generali di diritto. Così, il terzo possessore potrà innanzi tutto opporre al creditore l'eccezione di nullità della iscrizione, o della mancata o irregolare rinnovazione della iscrizione. Potrà opporre la eccezione di prescrizione della ipoteca, e le eccezioni di nullità che riguardano le notificazioni rivolte a lui personalmente, oltre quelle che si riferiscono al debitore, delle quali è parola nell'art. 2014. Il terzo possessore può anche opporre l'eccezione di garentia, fondata sulla massima « *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem exceptio repellit* »; quando cioè il creditore ipotecario sia divenuto l'erede dell'alienante dell'immobile ipotecato, benchè questo alienante non sia il debitore; nel qual ultimo caso il terzo opporrebbe, non la eccezione di garentia, ma la estinzione della obbligazione e quindi della ipoteca per confusione ereditaria (art. 2029, n. 1, e 1236). Così, se il terzo datore d'ipoteca vende l'immobile ipotecato, ed il creditore poi gli succeda nell'ere-

dità, questi non può agire ipotecariamente contro il compratore dell'immobile; perchè, come erede del venditore, è obbligato a garentire il compratore dalla evizione della cosa venduta; e quindi egli non può, come creditore ipotecario, provocare quella stessa evizione di cui è responsabile sotto altra veste; d'onde la massima suddetta, che in fondo poi vuol dire: non potere egli stesso evincere quegli, che deve garentire la evizione promossa da altri.

8. Nel diritto anteriore altre eccezioni competevano al terzo possessore in tale sua qualità, spettanti cioè a lui personalmente, e non in nome e per parte del debitore. Pel Codice Napoleone il terzo possessore di un immobile colpito d'ipoteca generale può opporre al creditore, che agisce contro di lui per la vendita, la eccezione di escussione; il diritto cioè di rimandare il creditore a far prima valere le sue ragioni sugli altri immobili a lui ipotecati, e tuttora esistenti nel patrimonio del debitore. Ora, non solo perchè nel nostro diritto è sparita affatto l'ipoteca generale, ma sopratutto perchè la escussione suddetta è una derogazione al principio della indivisibilità ipotecaria, non è possibile ammetterla senza un testo preciso di legge, che manca affatto nel Codice civile italiano riguardo al terzo possessore. E non compete l'eccezione di escussione nemmeno al terzo datore d'ipoteca, perchè questi è terzo possessore non diversamente che l'acquirente dell'immobile ipotecato dal debitore, e non può invocare per analogia la veste di fideiussore, onde avvalersi del beneficio dell'art. 1907. Onde neppure essi possono liberarsi dall'azione ipotecaria del creditore con la eccezione *cedendarum actionum*, che il fideiussore può opporre all'azione personale del creditore, giusta l'art. 1928; e sempre per la stessa ragione di non esservi analogia fra la condizione giuridica del terzo possessore dell'immobile ipotecato e del terzo datore d'ipoteca con quella del fideiussore. D'altronde, la *exceptio cedendarum actionum*, non è una conseguenza del *beneficium cedendarum actionum*, o della surrogazione legale, di cui pur gode il terzo possessore (art. 1253); ed ammesso anche, secondo l'opinione di alcuni, che sia una conseguenza del *beneficium excussionis*, nemmeno a tal titolo gli può spettare, perchè abbiamo visto poco

innanzi come al terzo possessore dell'immobile ipotecato ed al terzo datore d'ipoteca non compete il *beneficium escussionis.* Di fatti, altra cosa è la surrogazione nei diritti attuali del creditore che agisce, ammessa dalla legge a favore così del terzo possessore come del fideiussore (art. 1253, n. 2 e 3 e 1916); ed altra cosa è l'obbligo nel creditore di conservare anticipatamente questi suoi diritti, nei quali in seguito potrebbe aver luogo la surrogazione; obbligo che la legge si limita ad imporre al creditore soltanto di fronte al fideiussore, sotto pena di non poter altrimenti agire contro costui (art. 1928), e non pure di fronte al terzo possessore dell'immobile ipotecato o del datore d'ipoteca, riguardo al quale essa non formola una disposizione simile a quella dell'art. 1928.

Ma vi ha di più. O il terzo possessore paga spontaneamente il creditore primo iscritto, sino a concorrenza del prezzo d'acquisto, a norma del n. 2 dell'art. 1253; ed in tal caso egli non è surrogato che nella sola ipoteca del creditore dimesso iscritta sull'immobile da lui acquistato; onde, anche quando il creditore soddisfatto avesse delle ipoteche sopra altri beni, il terzo non vi sarebbe surrogato; e quindi tanto meno potrebbe lamentarsi se il creditore non avesse conservato tali ipoteche; bastando a lui di essere surrogato in quella sola ipoteca, in virtù della quale il creditore poteva agire contro di lui; di che daremo in seguito più ampie spiegazioni. O il terzo possessore invece, dopo aver pagato il prezzo di acquisto all'alienante, paga il creditore iscritto con un nuovo sborso di danaro a norma dell'art. 2013, ed allora egli è surrogato in tutte le altre ipoteche del creditore che si è pagato, a norma dell'art. 2022. Ma questa surrogazione noi dicemmo essere identica a quella di cui nell'articolo 2011, a proposito della quale vedemmo non potere il secondo creditore evitto lamentarsi se il creditore primo iscritto non avesse anticipatamente conservato le altre sue ipoteche; di modo che se questi vi aveva già rinunziato, il secondo creditore subiva definitivamente il danno, senza potersene ristorare con la surrogazione ipotecaria, cui veniva a mancare la materia surrogabile. Tutto al più il creditore evitto poteva tener responsabile il creditore evincente nei soli casi indicati nell'art. 2087, che sono ben lungi dal contenere

un obbligo in genere del creditore primo iscritto di conservare le sue ipoteche. Onde, tutto al più è da esaminarsi a suo luogo se anche il terzo possessore, evitto e surrogato a norma dell'art. 2022, possa invocare a suo vantaggio il disposto dell'art. 2087. Ma resta poi sempre esclusa, come principio, la eccezione *cedendarum actionum* da parte del terzo possessore dell'immobile ipotecato, o datore d'ipoteca, contro l'azione ipotecaria del creditore.

9. È pur questione se il terzo possessore possa opporre al creditore ipotecario, che agisce contro di lui per la vendita dell'immobile, la così detta eccezione *di priorità d'ipoteca*, nel caso che egli stesso abbia sull'immobile una iscrizione anteriore a quella del creditore che dimanda la espropriazione, e di tal valore da assorbire il prezzo che si spera dalla vendita agl'incanti. Supponiamo che il creditore, primo iscritto sul podere del debitore per il credito di 50,000, compri egli stesso l'immobile ch'è del medesimo valore, compensandosi così del suo credito, e vi conservi accesa l'iscrizione sua originaria. Un secondo creditore, iscritto su quel medesimo podere, agisce contro il primo, nella di costui attuale qualità di terzo possessore, a termine dell'art. 2014. Può questi opporre la improponibilità dell'azione ipotecaria del secondo creditore, pel motivo: che, dovendo egli essere collocato per primo in virtù della sua prima iscrizione sul prezzo della futura vendita (art. 2017), ed essendo che questo prezzo verrebbe assorbito dalla sua collocazione, inutilmente il secondo creditore insisterebbe per la suddetta vendita, la quale altro scopo non raggiungerebbe che molestare il possessore, e provocare spese a danno del debitore e di tutta la massa dei creditori? È da respingere senza esitazione cotesta pretesa del creditore primo iscritto possessore dell'immobile, ipotecato anche a favore del secondo creditore; non solo perchè in diritto moderno, a differenza del diritto romano, la facoltà di espropriare l'immobile ipotecato spetta incondizionatamente a qualunque creditore iscritto, indipendentemente dal grado della iscrizione, il quale grado si limita a stabilire l'ordine della collocazione sul prezzo ritratto dalla vendita (art. 2014 e 2076); ma anche perchè dalla vendita agl'incanti

può ricavarsi un prezzo, che superi il presunto valore venale dell'immobile; prezzo tale, che, dopo soddisfatto il creditore primo iscritto, lasci un margine pel pagamento almeno parziale del secondo, il quale non deve perciò *a priori* essere privato della possibilità di siffatto vantaggio. Nè si vuole accogliere l'espediente che il secondo creditore dia cauzione di far raggiungere all'immobile negl'incanti un prezzo di vendita, elevato abbastanza per coprire il primo creditore, le spese di espropriazione, e una parte del proprio credito; perchè espediente affatto arbitrario dal punto di vista del diritto costituito, quantunque lo riconosciamo raccomandabile dall'equità al futuro legislatore.

Tutto questo discorso si applica anche all'acquirente dell'immobile ipotecato, che, sino a concorrenza del prezzo del suo acquisto, ha pagato il creditore primo iscritto; e nella ipoteca del quale perciò egli trovasi legalmente surrogato, come creditore alla sua volta primo iscritto sull'immobile acquistato, a termine del n. 2 dell'articolo 1253, e del quale abbiamo fatto cenno più innanzi.

Lezione Trentesimaterza

Sommario: Del tempo concesso dalla legge al terzo possessore dell'immobile ipotecato, per deliberare intorno al partito da scegliere di fronte alla azione ipotecaria del creditore. — Della *espropriazione dell'immobile ipotecato.* — Della facoltà del *pagamento dei crediti iscritti e loro accessorii.*

1. Supposto che il terzo possessore non abbia preliminari eccezioni da far valere contro l'azione ipotecaria del creditore, promossa a termine dell'art. 2014; egli deve, nello spazio di tempo ivi indicato, risolversi a regolare la propria posizione secondo l'uno o l'altro dei modi, che la legge mette a sua disposizione pel combinato disposto degli art. 2013 e 2014; cioè: pagare, purgare, rila-

sciare, o farsi espropriare. Osserviamo intanto che lo spazio di trenta giorni, di cui nel capoverso dell'art. 2014, è concesso al terzo possessore *per deliberare*, nel senso che entro quel termine il creditore deve soprassedere da ogni ulteriore procedimento, ma non nel senso che, trascorsi i trenta giorni senza che il terzo possessore abbia deliberato ed iniziato l'esecuzione del partito prescelto, non possa più farlo dopo, e invece sia definitivamente costretto a subire la espropriazione dell'immobile. No; il creditore, trascorsi i trenta giorni, può insistere per la vendita, ciò che non ha potuto far prima; ma nondimeno il terzo possessore è ancora in tempo di arrestare gli atti esecutivi contro di lui, offrendo di pagare, o rilasciando l'immobile, o istituendo egli stesso il giudizio di purgazione. Di fatti, in quanto alla facoltà di pagare, lo stesso creditore espropriante non avrebbe mai interesse di contrastarla; perchè, oltre ad esimersi dalle molestie di un giudizio di esecuzione, egli non potrebbe mai sperare di conseguire con questo una utilità maggiore di quella, che consegue ricevendo dal terzo possessore il diretto pagamento. D'altra parte, nell'art. 2018 è detto: che finchè non sia seguita la vendita all'incanto, il terzo possessore può ricuperare l'immobile da lui rilasciato, pagando i crediti a norma dell'art. 2013, oltre le spese. Ora questa facoltà di pagare sino all'ultimo deve riconoscersi nel terzo possessore anche quando egli non abbia rilasciato l'immobile, e la esecuzione siasi iniziata e proseguita contro di lui; rispetto al creditore essendo affatto indifferente che la espropriazione si trovi in corso contro la persona del terzo possessore, il quale detiene ancora nelle sue mani l'immobile, o contro la persona dell'amministratore, nominato dal Tribunale all'immobile rilasciato dal terzo possessore, a termine dell'art. 2019. Se nell'art. 2018 è contemplata la facoltà di pagare sino all'ultimo nella ipotesi del già avvenuto rilascio dell'immobile, è solo perchè la legge vuol dichiarare che il terzo può ancora ricuperare l'immobile, ma a solo patto di pagare, vietando che egli possa pretendere la espropriazione si prosegua contro di lui, dopo di essersi iniziata contro l'amministratore. Ma in quanto alla facoltà essa stessa di pagare, l'una o l'altra maniera della iniziata espropriazione non ha e non può avere influenza.

2. In quanto alla facoltà del rilascio non è dubbio, che per l'art. 2019 il terzo possessore possa eseguirlo anche dopo i trenta giorni, di cui nel cap. dell'art. 2014; ed anche dopo che effettivamente il creditore ha proseguito gli atti esecutivi. È detto nel secondo comma di quell'articolo: che contro l'amministratore nominato all'immobile rilasciato si faranno *o proseguiranno* gli atti di vendita. Se questi atti possono essere *proseguiti* contro l'amministratore dell'immobile rilasciato, vuol dire che essi erano già *iniziati* contro il terzo possessore, che poi rilascia; ma gli atti di vendita non potevano essere iniziati prima del termine dei trenta giorni, di cui nel capoverso dell'art. 2014; dunque se il terzo può rilasciare l'immobile anche dopo ch'è iniziata la vendita contro di lui, vuol dire appunto che può rilasciare dopo quel termine di trenta giorni. E sino a qual momento? Non certo sino al momento dell'aggiudicazione, com'è espressamente disposto per la facoltà di pagare; ma sino al momento in cui l'autorità giudiziaria ravvisasse un interesse plausibile nel possessore a rilasciare, e nessun danno pel creditore espropriante a proseguire gli atti contro un amministratore da nominarsi all'immobile. Se quasi tutto il procedimento è esaurito, e non manchi che la sentenza di vendita, o anche l'operazione materiale dell'incanto, si comprende come il terzo possessore non possa più rilasciare, sia perchè egli non ha più un serio interesse a farlo, e sia perchè interromperebbe il giudizio di espropriazione nel momento in cui è per compiersi; e quindi con danno del creditore, il quale dovrebbe chiedere al Tribunale la nomina di un amministratore, cui dovrebbe poi lasciarsi anche un congruo termine per metterlo a cognizione della procedura, e così via discorrendo. Si noti che la facoltà del rilascio *oltre* i trenta giorni risulta soltanto indirettamente dall'art. 2019, che non dice poi *sino a qual tempo* può essere esercitata; e che di più, cotesta facoltà, oltre anche sol poco tempo dopo i trenta giorni dell'art. 2014, è una vera concessione della legge, che non trova appoggio nei principii di diritto. Il rilascio mette in un certo imbarazzo il creditore, il quale, dopo avere iniziato la vendita contro il terzo possessore, deve di nuovo soprassedere, per far nominare uno speciale amministratore contro cui

proseguire gli atti. E perchè? una volta che il terzo possessore ha avuto uno spazio di tempo sufficiente a decidersi di rilasciar l'immobile, quando appunto, se lo avesse rilasciato entro quel termine, il creditore avrebbe iniziato e proseguito senza interruzione la espropriazione dell'immobile contro l'amministratore? Il terzo dunque non deve potere abusare di cotesta concessione che gli fa la legge, e l'autorità giudiziaria invigilerà per contenerla nei giusti limiti.

3. Per la facoltà della purgazione l'articolo 2041 stabilisce espressamente: che il terzo possessore può giovarsene entro *quaranta* giorni dalla notificazione del precetto e dalla intimazione, di cui nell'art. 2014; cioè dopo che siasi iniziato il procedimento per la vendita, che può essere promosso soltanto *trenta* giorni dopo la suddetta notificazione ed intimazione. Di guisa che trascorso questo secondo termine di dieci giorni, dopo quello dei trenta indicato nell'art. 2014, senza che il terzo possessore abbia *iniziato* il giudizio di purgazione, egli ne decade definitivamente; quantunque abbia già sollevato le opposizioni e le eccezioni di cui nell'art. 2015, le quali, come vedemmo, non sospendono *il corso dei termini* stabiliti per la purgazione; che perciò dev'essere *promossa* sempre nel termine dell'art. 2041, sotto riserva dell'esito delle eccezioni sollevate, e salvo a *sospendere l'istituito giudizio di purgazione* sino a decisione di coteste preliminari eccezioni. Veramente l'articolo 2041 potrebbe anche interpretarsi in questo senso: che il terzo possessore possa istituire il giudizio di purgazione entro i dieci giorni, successivi ai trenta trascorsi dalla notificazione del precetto e dalla intimazione di cui nell'art. 2014, se il creditore entro questi dieci giorni non abbia ancora promossa la vendita, come ne ha diritto; onde così, da una parte lasciare al terzo un maggior spazio di tempo per decidersi a purgare, e dall'altra parte non costringere indirettamente il creditore ad aspettare altri dieci giorni per promuovere la vendita, quando sa che il terzo possessore può renderne inutili gli atti ad essa relativi, istituendo subito dopo il giudizio di purgazione. Ma non crediamo accettabile questa restrizione a carico

del terzo possessore; non solo perchè non fondata sulla parola dell'articolo 2041, ma anche perchè contraria allo spirito della legge, la quale, con questo maggior termine accordato al terzo in confronto del diritto anteriore, ha mostrato di volere più agevolare il giudizio di purgazione, come quello in realtà che meglio di ogni altro mezzo concilia gli opposti diritti ed interessi del creditore ipotecario e del terzo possessore; mentre è ben lieve sacrifizio che il creditore, o aspetti ancora dieci giorni a promuovere la vendita, o, promuovendola subito, ne vegga frustrati i relativi atti, che già non possono essere molti, quando pochi giorni dopo il terzo possessore avrà istituito il giudizio di purgazione.

4. Ed ora esaminiamo separatamente ciascuno dei mezzi lasciati dalla legge a disposizione del terzo possessore, onde regolare a suo riguardo gli effetti dell'azione ipotecaria del creditore.

Quest'azione di sua natura tende direttamente alla espropriazione dell'immobile nelle mani del terzo possessore; epperò questi, che accetta una tal conseguenza, niente ha a fare per darle il passo, bastando soltanto ch'egli altro non faccia per impedirla e sviarla. Il terzo possessore, arbitro del suo interesse, può giudicare anche opportuno subire la evizione dell'immobile acquistato, del cui possesso per una ragione o per un'altra non ravvisa più la prima convenienza; mentre d'altra parte non vede il bisogno assoluto di farne il rilascio, e spogliarsene così della detenzione e dell'amministrazione, per quelle qualsiansi future evenienze che lo possano ricondurre nuovamente nel pacifico possesso dell'immobile, cui intanto egli ha rivolto le cure di una buona conservazione. In ogni caso, il terzo possessore espropriato avrà il suo regresso contro il debitore, o l'alienante dell'immobile ipotecato, che può essere diverso dal debitore; avrà diritto al compenso dei miglioramenti recati all'immobile, com'è responsabile dei danni cagionati per sua colpa; avrà goduto dei frutti, ecc., dei quali rapporti giuridici tutti ci occuperemo in seguito.

Il procedimento della espropriazione forzata è disciplinato dal Codice di procedura civile, cui perciò bisogna riportarsi; onde qui

noi, per l'oggetto speciale del nostri studi, non abbiamo ulteriormente ad occuparcene.

5. Ma ben raramente il terzo possessore dell'immobile ipotecato se ne lascerà espropriare, senza far ricorso ad una delle facoltà che la legge gli accorda per evitarla, e fra le quali prima quella del *pagamento.* Ma che cosa il terzo possessore ha da pagare per impedire la espropriazione? *I crediti iscritti ed i loro accessori a norma dell'art.* 2010 (art. 2013). Il pagamento è fatto da una persona che non è il debitore; epperò la misura di esso è determinata da criterii diversi da quelli, che regolano il pagamento come esecuzione di una personale obbligazione. Il debitore per liberarsi deve pagare tutto ciò che forma il contenuto della sua obbligazione, e direttamente o indirettamente ne dipenda: somma capitale, interessi scaduti, spese dell'atto, del giudizio di condanna, ecc. Ma il terzo possessore, se vuol pagare, non ha da pagare che le somme le quali sono garentite dall'immobile di cui egli è in possesso; perchè il suo pagamento non tende che a liberarlo dall'azione reale ipotecaria, il cui ultimo scopo appunto non è che realizzare a profitto del creditore le somme, per le quali è anticipatamente impegnato il valore dell'immobile. Se perciò vi è differenza in meno fra le somme iscritte e quelle realmente dovute, il terzo possessore si libera dalla espropriazione pagando la minor somma iscritta; perchè l'immobile, e per esso il possessore, non risponde che per virtù della ipoteca iscritta; e la iscrizione non ha effetto che per la somma enunciata sui pubblici registri, sino a concorrenza della somma realmente dovuta (art. 1997). Dicasi altrettanto degli accessorii del credito, e di quelli protetti dalla stessa iscrizione di esso, e di quelli protetti da speciali distinte iscrizioni (art. 2010). Onde, in altri termini, per l'articolo 2013 il terzo possessore si libera dall'azione ipotecaria del creditore, pagando tutto ciò che questi *astrattamente* avrebbe il diritto di esigere con prelazione ipotecaria nella distribuzione del prezzo, ove si procedesse alla espropriazione dell'immobile. Diciamo astrattamente, per indicare che il terzo possessore, all'effetto appunto di impedire la espropriazione, ha da

pagare tutte le somme *nominalmente* garentite dalla iscrizione al creditore, anzi *a ciascun creditore;* quantunque, *in fatto*, se si procedesse alla espropriazione, atteso il minor valore dell'immobile su cui gravano le iscrizioni, alcuni creditori soltanto riuscirebbero a pagarsi col prezzo della vendita agl'incanti; o quantunque neanche il solo creditore primo iscritto arriverebbe a coprire interamente sul detto prezzo la somma capitale e gli accessorii nella misura dell'articolo 2010.

E perciò, ordinariamente, il terzo possessore non si avvalerà della facoltà del pagamento di cui nell'art. 2013, se non quando il valore delle iscrizioni non superi, o superi di poco, il valore dell'immobile; a meno che egli non abbia un gravissimo interesse di consolidare ad ogni costo subito e definitivamente nelle sue mani, rispetto a tutti, il pacifico ed incontrastabile possesso e dominio del suo acquisto; il pagamento di tutti i crediti a norma dell'art. 2013 importando naturalmente la estinzione di tutte le iscrizioni accese sull'immobile (art. ed arg. art. 2013, 2014 e 2023). Ma, all'infuori di questa speciale circostanza, quando il valore delle iscrizioni superi quello dell'immobile, il terzo, che pur vuole conservare nelle sue mani il fatto acquisto, sceglierà la via della purgazione, di cui parleremo più tardi; o quella del pagamento, eseguito, non più a termine dell'art. 2013, ma a norma del n. 2 dell'art. 1253, del quale è opportuno anticipare qui il concetto, che sarà sviluppato più largamente in seguito, quando parleremo del regresso del terzo possessore.

6. Supponiamo dunque che sul podere, del valore venale, presunto o accertato, di 20,000, gravino le iscrizioni di *A* per 20,000, di *B* per 10,000, di *C* per 5000. Il compratore dell'immobile, azionato ipotecariamente dal solo creditore *A*, o contemporaneamente anche da *B* e *C*, se ha uno speciale interesse di render subito, e senza pericolo di future molestie, libera la sua proprietà, deve pagare la complessiva somma di 35,000 come somme capitali, e più gli accessorii garentiti anche ipotecariamente a norma dell'art. 2010. Con questo pagamento diciamo la proprietà dell'immobile è resa definitivamente libera in testa al terzo posses-

sore, per essersi estinte tutte le ipoteche a causa del pieno raggiungimento del loro scopo; in guisa appunto che l'articolo 2014 non concede l'azione ipotecaria per la vendita al creditore contro il terzo possessore, se non quando questi nè vuol purgare, nè rilasciare, *nè pagare;* epperò, una volta pagati i debiti iscritti, le azioni ipotecarie si estinguono; quantunque non sia ancora estinta la obbligazione del debitore (art. 2029, n. 1), la quale, come vedemmo, può essere più larga di quella indicata nella iscrizione. E notiamo che questo sacrifizio del compratore sarà tanto più grave, se egli ha già sborsato il prezzo dell'acquisto dell'immobile, ove un prezzo vi sia da pagare, nelle mani dell'alienante; della qual circostanza i creditori non si preoccupano.

Ma, se al compratore manca il motivo impellente di tal sacrifizio, egli prescegliera quest'altra via. Senza istituire il giudizio di purgazione, che lo costringe a delle spese ed alle lungaggini e noie di una procedura, il compratore pagherà le 20,000 lire del suo prezzo di acquisto, oltre gli accessorii, al solo creditore *A*, primo iscritto per la somma di 20,000, liberandosi così dall'azione ipotecaria di costui. È vero che *B* e *C* possono anche molestarlo con le loro rispettive azioni ipotecarie, che sono rimaste impregiudicate, il pagamento fatto dal compratore non riguardandole punto nè poco. Ma il compratore intanto, pagando *A*, è stato legalmente surrogato nella ipoteca di primo grado di costui sull'immobile acquistato (art. 1253, n. 2), e sul quale lo stesso compratore ha conservato quella iscrizione (comunque sembri a prima giunta assurdo che si possa conservare una ipoteca sopra i proprii beni, di che daremo in appresso le opportune spiegazioni). Ai creditori perciò *B* e *C*, che lo azionano ipotecariamente, il compratore terrà questo discorso: « desistete dalla vostra istanza di espropriazione, perchè la vendita non può giovarvi, in quanto sul prezzo di essa, che sarebbe di 20,000, valore effettivo dell'immobile, sarei collocato io stesso pel primo assorbendolo interamente, come surrogato nella ipoteca di primo grado di 20,000 del creditore *A*, che io ho soddisfatto ». Ed il discorso può sembrare concludente a *B* e *C*, che perciò pel momento possono indursi a sospendere gli atti di espropriazione. Ma oltre che

B e *C* possono invece, se così loro talenta, insistere, *hic et nunc*, per la vendita, sperando dagl'incanti un prezzo che copra almeno in parte anche le loro ragioni; è certo che ad ogni nuova favorevole occasione, per la quale il valore dell'immobile riceva un aumento essi riprenderanno quella espropriazione, da cui prima avevano provvisoriamente desistito. Di guisa che, il terzo possessore, il quale paghi a norma del n. 2 dell'articolo 1253 e non a termine dell'art. 2013 non potrà mai tenersi completamente tranquillo nel suo acquisto ed al sicuro delle molestie dei creditori non pagati, i quali hanno conservato, come ne hanno il diritto, le loro iscrizioni sull'immobile di cui è parola. E quindi, per questa incertezza nella sua posizione, egli potrà preferire di pagare tutti i crediti iscritti a norma dell'art. 2013, ove sempre non giudichi più opportuno istituire il giudizio di purgazione; il quale, pur lasciandolo nel definitivo e libero dominio dell'immobile, non lo costringerà mai a pagare una somma che ecceda il valore di esso, quale potrebbe risultare dallo esperimento della subastazione.

7. Ma il pagamento, ch'è una *facoltà* del terzo possessore come tale, può talvolta tramutarsi in un suo *obbligo;* sia quando egli posteriormente o contemporaneamente al suo acquisto si è costituito debitore del prezzo direttamente verso i creditori iscritti sull'immobile; sia quando i creditori iscritti agiscano in nome del loro debitore, cui quel prezzo è dovuto; e sempre che in tal caso non vi sia suo danno. Ma siccome quest'obbligo del pagamento si riduce a privare l'acquirente della facoltà del rilascio, ch'è la facoltà più caratteristica della condizione giuridica di terzo possessore, in quanto che non ottemperando a quell'obbligo si sarà pur sempre costretti a procedere contro di lui, come contro lo stesso originario debitore, con la espropriazione; così noi ce ne occuperemo or ora, a proposito della facoltà del rilascio, studiando appunto a qual terzo possessore tale facoltà competa.

Lezione Trentesimaquarta

Sommario: Della facoltà del *rilascio dell'immobile ipotecato.* — In quali casi al possessore dell'immobile è vietato il rilascio, per essere considerato come *personalmente obbligato* verso i creditori ipotecarii.

1. Il terzo possessore può giudicare non conveniente per lui: nè pagare a termine dell'art. 2013, a causa dell'eccedenza dei crediti iscritti sul valore dell'immobile; nè pagare a termine del n. 2 dell'articolo 1253, a causa della minaccia sotto cui egli resta di ulteriori molestie da parte dei creditori non soddisfatti; nè purgare, per causa, poniamo, della mancanza di fondi all'uopo necessari da offrirsi e sborsarsi prontamente. In tali casi la legge mette ancora a sua disposizione un mezzo per evitare la espropriazione contro di lui, cioè la facoltà del *rilascio dell'immobile ipotecato.* Ed in che cosa consiste cotesto rilascio? Non in altro che nell'*abbandono della detenzione ed amministrazione* dell'immobile, di cui egli resta ancora, e vedremo sino a qual tempo, *legittimo possessore e proprietario.* Ed a che scopo cotesto abbandono? Non ad altro, che a quello di liberare il terzo possessore dalle noie effettive, e dall'apparente discredito di una procedura esecutiva, attivata contro la sua persona e sul suo nome, per l'adempimento di una obbligazione cui egli è estraneo; divergendola invece sul nome di un'altra persona affatto disinteressata, che, in qualità di amministratore dell'immobile rilasciato, rappresenti la figura giuridica di convenuto, necessaria alla integrazione ed all'andamento del giudizio di espropriazione. Il rilascio è pur rivolto all'altro scopo di liberare il terzo possessore dalla responsabilità dell'amministrazione dell'immobile, che durante la procedura passa in custodia dell'amministratore (art. 2019). Del resto, rimangono fermi ed immutati rispetto allo stesso terzo possessore tutti gli altri rapporti giuridici,

che si producono e si esplicano quando egli subisce nel suo nome la espropriazione, come vedremo in seguito. Sicchè il rilascio non è una facoltà del terzo possessore, la quale tenda propriamente ad *evitare la espropriazione dell'immobile;* ma una facoltà di divergere soltanto cotesta espropriazione nominalmente dalla sua persona sopra un'altra; chè anzi il rilascio è tal fatto il quale provoca necessariamente la espropriazione, dopo di esso non avendo più i creditori speranza di altro modo di essere soddisfatti. Ragione per cui si pensò una volta in Francia di togliere al terzo possessore una tale facoltà, che, mentre per lui aveva una sì limitata importanza, costituiva per i creditori un motivo di ritardo e di complicazione di procedura. Ma in verità noi opiniamo non si potrebbe privarnelo senza ingiustizia; perocchè anche il semplice morale disturbo di un ricevimento passivo di atti giudiziali; il danno di un discredito, per quanto apparente, proveniente dal fatto di una procedura, che il pubblico, il quale non ha interesse di appurare la verità, può credere provocata dall'inadempimento di proprie personali obbligazioni, e che lo induce nella opinione di una insolvibilità dell'esecutato; e finalmente la responsabilità della custodia e dell'amministrazione di una cosa, di cui si è decisi a non conservare più il dominio; sono tali fatti che non si possono imporre senza violazione della libertà morale e giuridica, pel maggiore vantaggio dei creditori, a colui il quale con essi non ha affatto assunto l'impegno di giovarli e di coadiuvarli nel soddisfacimento dei loro crediti.

2. Ond'è opportuno stabilire qui anzi tutto se non vi siano speciali circostanze ed elementi di diritto e di fatto, pei quali il terzo possessore dell'immobile ipotecato non sia più in condizione d'invocare di fronte ai creditori iscritti una siffatta sua assoluta neutralità, e non possa quindi più avvalersi della facoltà del rilascio, cui venga meno la base e l'interesse; ciò che in altri termini riducesi a stabilire: in quali casi il possessore dell'immobile ipotecato, pur essendo una persona diversa da quella che costituiva l'obbligazione, per la cui garentia l'immobile veniva ipotecato, non possa però opporre la sua qualità di *terzo* e di estraneo in cotesta obbligazione; di maniera

che egli non sia più nei termini di legge per usare della facoltà del rilascio, la quale appartiene, non già al *possessore*, ma al *terzo possessore* dell'immobile ipotecato.

Già noi vedemmo come l'erede, il fideiussore, il condebitore solidale, venuto in possesso dell'immobile ipotecato dal *de cujus*, dal debitore principale, o dal correo, non entravano affatto nel concetto di terzi possessori contemplati dalla legge negli articoli 2013 e seguenti; in quanto essi sono *originariamente*, di fatto o per finzione di legge, *e personalmente* vincolati nella obbligazione cui si riannoda l'ipoteca; obbligazione perciò cui non possono dirsi e cui non sono stati mai *terzi*. E vedemmo pure che non potevano ad essi riferirsi gli art. 2016 e 2040, nei quali parlasi di *terzi possessori che non siano personalmente obbligati*, come se già, da una parte, il concetto puro e semplice e la corrispondente frase di *terzo possessore* non escludesse di per sè la personale obbligazione; e come se, dall'altra parte, potesse esservi un *terzo* possessore obbligato *personalmente!* E limitandoci qui all'art. 2016 che si occupa del rilascio, osserviamo che, onde la sua espressione abbia un significato plausibile, deve riportarsi al possessore dell'immobile ipotecato, il quale avrebbe potuto rimanere semplice possessore ed affatto estraneo alla obbligazione, e nondimeno ha voluto direttamente o indirettamente assumere anche un rapporto giuridico personale con i creditori iscritti. Sicchè quando l'art. 2016 inibisce al possessore dell'immobile ipotecato la facoltà del rilascio, si riporta sempre ad una persona obbligata al debito, e che perciò non è più *terzo;* ma suppone una persona che si vincola personalmente solo dopo che era già costituita la obbligazione garentita d'ipoteca, ed alla quale obbligazione avrebbe potuto rimaner *terzo*, pur essendo possessore dell'immobile ipotecato per la garentia di essa. Vediamo dunque qual'è questa persona.

3. Premettiamo che in linea generale la facoltà del rilascio spetta, oltre che al semplice datore d'ipoteca, all'acquirente dell'immobile ipotecato, quale che sia il titolo di acquisto, a causa di morte o per atto tra vivi, a titolo gratuito od oneroso, ed in quest'ultimo

caso sia o pur no ancora stato pagato all'alienante il prezzo dell'immobile ipotecato; perocchè il pagamento del prezzo è un effetto dell'atto giuridico passato fra l'alienante e l'acquirente, e quindi *res inter alios acta* rispetto ai creditori iscritti sull'immobile alienato. Ma intanto il pagamento di questo prezzo può essere la circostanza che stabilisca, direttamente o indirettamente, un rapporto giuridico personale fra l'acquirente dell'immobile ipotecato ed i creditori ipotecari.

Innanzi tutto noi possiamo supporre che il compratore abbia richiesto ed ottenuto nel suo atto di acquisto l'intervento dei creditori iscritti sull'immobile, ed ai quali siasi obbligato nel contratto di pagare il prezzo della vendita. Ecco qui un possessore dell'immobile ipotecato, che non ha più la facoltà di rilasciarlo, per esimersi dal pagamento o dalla espropriazione. Egli è debitore del prezzo direttamente verso i creditori, i quali perciò, se egli non paga bonariamente, lo esproprieranno dell'immobile in testa sua, non solo; ma se dalla vendita forzata di questo immobile non si ricaverà il prezzo convenuto per la prima vendita convenzionale, i creditori, per integrarlo, esproprieranno gli altri beni suoi particolari, in virtù del principio che il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 1948). Ecco un primo caso di terzo possessore dell'immobile ipotecato obbligato personalmente al debito, a termine dell'art. 2016.

4. Senza l'intervento dei creditori iscritti, il debitore alienante ha pattuito che l'acquirente li soddisferà delle loro ragioni col prezzo della vendita. Ebbene, l'attuale possessore dell'immobile ipotecato non ha più la facoltà di rilasciarlo, per esimersi dal pagamento di cui *lo richieggano i creditori.* Egli si è obbligato personalmente verso costoro, che perciò hanno azione personale contro di lui, in virtù del disposto dell'art. 1128; il quale permette le stipulazioni a vantaggio dei terzi, quando ciò formi condizione della stipulazione che uno fa per se stesso. Siamo allora negl'identici termini del caso precedente; bene inteso dopo che i creditori dichiarino di voler profittare della stipulazione fatta a loro vantaggio dall'alie-

nante. Che se invece i creditori, non tenendo conto dell'azione personale aperta a lor profitto, agiscano contro l'acquirente con l'azione reale ipotecaria, questi riprende la facoltà del rilascio; in quanto sono gli stessi creditori che gliela riconoscono, invitandolo, a termine dell'art. 2014, a pagare *o rilasciare*, ch'è la formola dell'azione ipotecaria. Vi ha chi ne dubita, osservando che a termine dell'articolo 2016 il rilascio non è consentito al terzo possessore il quale sia personalmente obbligato; e che il divieto è scritto appunto pel terzo possessore obbligato personalmente, contro cui si agisca ipotecariamente; essendo ben naturale che non possa rilasciare quegli contro il quale si agisca con l'azione personale. Ma questa a noi sembra una vera confusione d'idee e di parole. Se il creditore agisce con l'azione personale sua contro l'acquirente, in questo sparisce la qualità di terzo possessore, ed il convenuto, come *debitore*, o pagherà, o sarà espropriato anche dei suoi beni particolari. Se invece il creditore agisce con l'azione ipotecaria, rinunziando al beneficio dell'azione personale, la quale non ha distrutto l'altra, e non poteva distruggerla senza il suo consenso, l'acquirente non è più considerato debitore personale, ma semplice *terzo possessore*; ed in tale qualità può: o pagare, o rilasciare, o farsi espropriare. Si noti bene che il creditore ipotecario non può agire contro il suo debitore che con la sola azione personale, perchè contro costui l'azione reale ipotecaria non ha uno scopo da raggiungere; manca addirittura di contenuto giuridico. L'azione ipotecaria quindi non è esercibile che contro il *terzo possessore*, perchè col suo carattere reale viene a colpire l'immobile, che l'azione personale di credito oggi non potrebbe più colpire una volta uscito dal patrimonio del debitore. Se dunque voi ammettete che il creditore agisca con l'azione ipotecaria contro l'acquirente, che pure erasi personalmente obbligato, dovete ammettere ch'egli agisca contro di questo nella sua pura e semplice qualità di terzo possessore, non tenendo conto affatto della sua qualità aggiunta di obbligato personalmente; perchè in contrario sarebbe come ammettere l'esercizio di un'azione reale contro il proprio debitore; ciò ch'è una inesattezza ed una contraddizione giuridica. Il creditore ipotecario sarà egli arbitro di giudicare se gli convenga

contro l'acquirente, debitore del prezzo, l'azione personale nascente dalla stipulazione fatta a suo favore dall'alienante a termine dell'articolo 1128, oppure l'azione reale ipotecaria; secondo che quel prezzo sia eguale o inferiore all'ammontare del credito ed al valore dell'immobile; ma una volta fatta la scelta, egli deve accettare tutte le conseguenze del partito a cui si attacca. Quando dunque l'art. 2016 dice che non possa eseguire il rilascio il terzo possessore il quale sia obbligato personalmente, non è che consideri nell'acquirente la doppia incompatibile contradditoria qualità di terzo possessore e di debitore personale ad un tempo; ma considera soltanto in lui la qualità di debitore personale, che i creditori si decidono a riconoscergli; ed accenna alla qualità di terzo possessore non per altro, se non per affermare che i creditori invece possono, se vogliono, trattarlo esclusivamente in tale sua qualità, rinunziando all'azione personale.

5. Il prezzo della vendita può ancora essere dovuto dall'acquirente all'alienante, senza che però nel contratto di acquisto se ne sia fatta la delegazione a favore dei creditori iscritti sull'immobile. Ebbene, anche in tal caso questi possono contrastare al possessore la facoltà del rilascio, a termine dell'art. 2016, ove agiscano contro di lui con l'azione personale indiretta dell'art. 1234; dimandando in nome dell'alienante, loro debitore, il pagamento del prezzo dovuto a costui. Se non che, in applicazione dei principii generali, di cotesta azione indiretta personale profitterebbero anche i creditori chirografarii, in quanto il prezzo dovuto all'alienante per effetto della vendita liberamente consentita, quantunque in corrispettivo di un immobile su cui gravano delle ipoteche, è sempre un valore mobile che rientra nella massa dei beni del debitore, la quale costituisce la comune garentia di tutti i suoi creditori (art. 1949). Epperò, i creditori ipotecarii, temendo un concorso dei creditori chirografarii su quel prezzo, che pure sarebbe sufficiente a coprire i loro crediti regolarmente iscritti, si asterrebbero dal dimandarlo al possessore con l'azione personale indiretta dell'art. 1234, e preferirebbero agire sempre con l'azione ipotecaria; nel qual caso intanto risorgerebbe

a favore dell'acquirente la facoltà del rilascio. Ma in derogazione appunto di quei principii generali, il nostro Codice civile ha consacrato nell'art. 2023 una disposizione, per la quale è aperta ai creditori ipotecarii l'azione personale indiretta del pagamento del prezzo ancora dovuto dal possessore, cui perciò vien meno la facoltà del rilascio, senza che essi abbiano a soffrire la concorrenza dei creditori chirografarii. Infatti, detto articolo stabilisce: che se il terzo possessore è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma attualmente esigibile, la quale basti al soddisfacimento di tutti i *creditori iscritti* contro i precedenti proprietarii, ciascuno di *essi* può obbligarlo al pagamento (primo comma dell'articolo); nel qual caso il possessore non può evitare il pagamento coll'offrire il rilascio dell'immobile (terzo comma dell'articolo). Se dunque la legge dà espressa facoltà ai creditori ipotecarii di chiedere al possessore il pagamento del prezzo tuttora dovuto all'alienante, è *per attribuir loro tal prezzo con preferenza sui creditori chirografarii;* perchè in quanto alla facoltà pura e semplice di chiedere siffatto pagamento, i creditori ipotecarii erano già sorretti dalla disposizione dell'articolo 1234, cui non faceva mestieri aggiungerne altra del medesimo valore e significato. E tutto questo è anche giusto, perocchè una volta che i creditori iscritti a far salve le loro ragioni potrebbero sempre esercitare l'azione ipotecaria, espropriando l'immobile, nel qual caso il terzo possessore non dovrebbe più alcun prezzo di cui potessero profittare i creditori chirografarii; non vi era ragione di impedire che si giungesse a tal risultato con l'accordare ai creditori ipotecarii la facoltà di dimandare a tutto lor profitto il prezzo della vendita stipulata fra il debitore e l'acquirente, escludendo il concorso dei creditori chirografarii, ed evitando le spese e le lungaggini di una procedura esecutiva.

6. Il terzo possessore dunque, o meglio il possessore dell'immobile ipotecato, debitore del prezzo verso l'alienante, lo è pure verso i creditori ipotecarii di costui; epperò compulsato da essi al pagamento, non può esimersene col rilasciare l'immobile, non essendo lecito al debitore di liberarsi verso il creditore mercè l'ab-

bandono dei suoi beni. Ma è necessario supporre che il prezzo dovuto dal possessore sia sufficiente a pagare tutti i crediti iscritti, quando appunto, oltre al nessun diritto, egli non ha neppure interesse di rilasciare l'immobile; perocchè, se da una parte ha l'obbligo di pagare quel prezzo che ha promesso, dall'altra parte, eseguito il pagamento, non avrà più a temere alcuna molestia da parte dei creditori, delle cui iscrizioni dimanderebbe invece subito la cancellazione, assicurandosi a tal modo il pacifico definitivo libero possesso e dominio del suo acquisto (art. 2023). Che se invece una parte dei crediti iscritti non trovasse utile collocazione sul prezzo della vendita dovuto dal possessore, questi, invitato da qualunque dei creditori ipotecarii a versarlo nelle sue mani, vi si potrebbe rifiutare, avvalendosi invece della facoltà del rilascio; in quanto altrimenti, dopo che quel prezzo fosse assorbito dal creditore instante, il possessore correrebbe rischio, o di dover pagare una seconda volta gli altri creditori non soddisfatti, o di vedersi da costoro espropriato dell'immobile, in virtù delle loro azioni ipotecarie tuttora sussistenti, con manifesto ingiusto suo danno; non sempre bastando ad indennizzarlo l'azione sua di regresso contro l'alienante, il quale può essere divenuto insolvibile. È necessario supporre anche che il prezzo dovuto dal possessore sia attualmente esigibile dall'alienante, in nome del quale i creditori ipotecari agiscono; perocchè, ove l'acquirente abbia stipulato con costui un termine pel pagamento, non si vedrebbe con qual principio di diritto e di giustizia essi pretenderebbero privarlo di tal beneficio. Che se essi vogliono subito conseguire il soddisfacimento delle loro ragioni, sperimentino pure l'azione reale ipotecaria; ma in tal caso il possessore riprende la sua genuina qualità di *terzo* possessore, e come tale la facoltà del rilascio; potendo convenirgli piuttosto cotesto abbandono, anzichè un'anticipazione di somme per lui onerosa e non preveduta. Ed ecco in che senso l'art. 2023 dispone nel primo comma: « che se il terzo possessore è debitore in dipendenza del suo acquisto di una somma *attualmente esigibile*, la quale *basti al soddisfacimento di tutti i creditori iscritti* contro il precedente proprietario, *ciascuno* di essi può obbligarlo al pagamento ». E soggiunge nel capoverso:

« che se il debito del terzo possessore *non fosse attualmente esigibile*, o *fosse minore*, o *diverso da ciò che è dovuto ai detti creditori*, questi possono egualmente, *purchè di comune accordo*, richiedere che venga loro pagato, *sino alla rispettiva concorrenza*, *ciò che egli deve nei modi e termini della sua obbligazione* ». Perocchè, supposto questo accordo, cessa un'altra volta il diritto e l'interesse del possessore ad eseguire il rilascio; in quanto, come dichiara lo stesso art. 2023 nell'ultimo comma, eseguito il pagamento nei modi e termini della sua obbligazione, l'immobile s'intende liberato di ogni ipoteca, ed il terzo possessore ha diritto di ottenere la cancellazione delle relative iscrizioni; ottemperando così contemporaneamente alla sua obbligazione del pagamento del prezzo, e mettendosi al sicuro da ogni ulteriore molestia dei creditori.

7. L'art. 2023 completa a tal modo l'art. 2016, per quanto riguarda la facoltà del rilascio, di cui vien privato il possessore dell'immobile tutte volte che, in modo diretto o indiretto, egli sia personalmente obbligato per il debito; e tutte volte che i creditori ipotecarii lo perseguitano in giudizio, come debitore, con l'azione personale. Ma giova tener presente che i creditori ipotecarii, a meno che non si siano pregiudicati con una vera e propria novazione accettando il possessore dell'immobile per loro debitore, possono attenersi alla loro azione reale ipotecaria, perseguitando il possessore come terzo possessore; nel qual caso questi ricupera la facoltà del rilascio, benchè tuttora debitore del prezzo stipulato con l'alienante in dipendenza del suo contratto di acquisto. Ora si domanda: se l'alienante può per suo conto opporsi al rilascio, costringendo l'acquirente a pagare il prezzo stipulato ed i creditori a riceverselo, abbandonando la procedura esecutiva. Ove il prezzo stipulato non sia sufficiente a pagare tutti i creditori iscritti, è naturale che l'alienante non possa imporre il pagamento per impedire il rilascio; perchè, da una parte, i creditori non riceverebbero ciò che loro spetta, e che potrebbero conseguire mercè la vendita dell'immobile agl'incanti; e perchè, dall'altra parte, l'acquirente, dopo aver pagato il prezzo convenuto, continuerebbe ad essere esposto alle azioni

ipotecarie dei creditori non soddisfatti. Ma se invece il prezzo stipulato, oltre che prontamente esigibile, sia anche sufficiente a coprire tutti i crediti iscritti sull'immobile, il rilascio offerto dal possessore ed accettato dai creditori potrebbe ragionevolmente essere contrastato dall'alienante mercè opposizione di terzo, in quanto quel rilascio nuocerebbe a lui senza giovare agli altri; mentre col pagamento del prezzo convenuto tutti i diversi rapporti giuridici, intercedenti fra le diverse parti interessate, riceverebbero una completa e giusta soluzione, in quanto i creditori sarebbero soddisfatti, l'acquirente consoliderebbe il suo acquisto libero e franco di ogni vincolo ipotecario, e l'alienante verrebbe prosciolto d'ogni suo impegno, verso i creditori per l'originaria obbligazione, e verso lo stesso acquirente per la garentia della trasmessagli proprietà dell'immobile.

8. Finalmente, il terzo possessore il quale ha istituito il giudizio di purgazione a norma degli art. 2040 e seg., non può più rilasciare l'immobile; sia che i creditori accettino la sua offerta, sia che contro di essa promuovano la vendita all'incanto a termini dell'art. 2045, come vedremo a suo luogo.

Lezione Trentesimaquinta

Sommario: Della *capacità giuridica* necessaria per eseguire il rilascio dello immobile ipotecato. — Principio e conseguenze della conservazione da parte del terzo possessore della *proprietà e del possesso legittimo* dell'immobile rilasciato sino all'aggiudicazione di esso mercè la vendita agl'incanti. — Della *forma* del rilascio; e del diritto del terzo possessore di *ricuperare* l'immobile rilasciato, sino al momento della vendita agl'incanti.

1. Oltre che il possessore non dev'essere obbligato personalmente verso i creditori ipotecarii per poter rilasciare l'immobile, deve, per lo stesso oggetto, avere la capacità giuridica, ch'è necessaria

per l'alienazione della proprietà immobiliare (art. 2016). Sicchè il minore, l'interdetto, l'inabilitato, la donna maritata, un corpo morale, terzi possessori dell'immobile ipotecato, non possono rilasciarlo, senza l'intervento di quelle persone e l'adempimento di quelle forme, che sarebbero necessarie ove si trattasse di alienare l'immobile medesimo. Vuol forse dir ciò, che il rilascio dell'immobile ipotecato ne importi un abbandono ed un trasferimento di proprietà? che sia cioè esso stesso un atto di alienazione dell'immobile? Alcuni lo pensano, ma erroneamente. La legge soltanto considera nel rilascio un atto di sì grave importanza, che, pur non essendo atto di alienazione, richiede in chi lo esegue un grado di capacità eguale a quello necessario per alienare. Di fatti, col rilascio il possessore compromette in certa guisa i suoi diritti, non vigilando più personalmente all'amministrazione ed alla subastazione dell'immobile, alla buona conservazione ed al maggior prezzo di vendita del quale egli è sempre interessato, spettando a lui, come vedremo, ciò che di tal prezzo sopravvanza al pagamento dei creditori iscritti. Di più, siccome il terzo possessore, volendo ricuperare l'immobile dopo averlo rilasciato, deve pagar le spese, che in frattanto avessero avuto luogo per la procedura di espropriazione contro l'amministratore (art. 2018); così egli non deve poter decidersi a quell'atto senza la maturità di giudizio e la garentia di forme, le quali meglio rispondono a prevenire un suo danno ed un suo pregiudizio.

2. Che il rilascio non importi alcuna perdita e trasferimento di proprietà e nemmeno di possesso, riducendosi invece ad un semplice abbandono della detenzione e dell'amministrazione dell'immobile, di cui il terzo acquirente continua ad essere *proprietario e possessore legittimo*, sino all'aggiudicazione avvenuta per la vendita agl'incanti, risulta al tempo stesso dai principii generali di diritto e dalle disposizioni del Codice intorno la subbietta materia. Ed in verità, se dopo il rilascio il terzo possessore perdesse la proprietà ed il legittimo possesso dell'immobile, chi in suo luogo acquisterebbe tal possesso e tal dominio? Non certo l'alienante, rimasto estraneo

al rilascio, di cui forse neppure ha ancora notizia. Non i creditori, i quali, dopo il rilascio, continueranno ad insistere per la vendita dell'immobile in virtù del loro *diritto reale d'ipoteca*, che suppone la *cosa altrui*. Ora, l'immobile rilasciato non può diventare *res nullius*, ed è forza concluderne che resti proprietario e legittimo possessore di esso quel medesimo acquirente, che ne abbandona provvisoriamente la detenzione e l'amministrazione, allo scopo già altra volta dichiarato di non involgere il suo nome e la sua persona nel discredito e nelle noie di una espropriazione forzata. Di fatti, a termine del capoverso dell'art. 2019, i creditori faranno nominare dal Tribunale un amministratore all'immobile, per poter fare contro di esso, cioè sul suo nome, quei medesimi atti di vendita, che avrebbero fatto contro il terzo possessore e sul nome di costui, ove non avesse avuto luogo il rilascio. Nella ipotesi che dopo il rilascio i creditori divenissero eglino proprietari dell'immobile, la nomina di cotesto amministratore da parte del Tribunale e la vendita agl'incanti non si comprenderebbero; perchè i proprietari nominano essi i loro amministratori, se ed in quanto vogliano ad alcuno affidare l'amministrazione dei loro beni; come pure a lor piacimento e privatamente vendono i loro beni, se e quando si propongano di venderli. E sarebbe egualmente inesplicabile la nomina di cotesto amministratore e la prosecuzione degli atti di vendita contro di lui, se, dopo il rilascio da parte del terzo possessore, si avesse a considerar proprietario dell'immobile nuovamente l'alienante; perocchè in tal caso niente di più semplice e di più naturale che i creditori avessero ad agire direttamente contro di lui, lor debitore; così come contro di lui avrebbero agito, se mai egli avesse alienato l'immobile ad essi ipotecato, senza richiedere l'ozioso e dispendioso intervento di uno speciale amministratore.

3. Per l'art. 2018 poi il terzo possessore, pagando i crediti a norma dell'art. 2013 e le spese, può ricuperare l'immobile da lui rilasciato, sinchè non sia seguita la vendita all'incanto. Ora non si comprenderebbe come egli potesse così, con un semplice atto unilaterale di sua volontà, ricuperare la proprietà di un immobile da

lui perduta e da altri validamente quesita; sarebbe una espropriazione forzata *sui generis* contro l'ultimo proprietario, della quale non vi è traccia nei principii di diritto e nelle disposizioni della legge. Il vero dunque è, che il terzo possessore può soltanto ricuperare la detenzione e l'amministrazione di quell'immobile, di cui non ha mai perduto la proprietà ed il legittimo possesso; in forza anzi del qual diritto di proprietà e di legittimo possesso egli appunto ricupera, volendo, la detenzione e l'amministrazione dell'immobile rilasciato. Ancora, per l'art. 2021 i frutti dell'immobile ipotecato appartengono al terzo possessore, in forza del suo diritto di proprietà (art. 444); e non sono dovuti ai creditori ipotecarii che dal giorno in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di pagare o di rilasciare; ma se la proposta istanza fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, i frutti tornerebbero ad essere goduti dal terzo possessore, sino a che i creditori non rinnovassero la loro intimazione. Or questa disposizione dell'art. 2021 è applicabile, così al terzo possessore che si lasci espropriare nel suo nome, come al terzo possessore che faccia il rilascio dell'immobile, divergendo la espropriazione contro l'amministratore; la legge non distinguendo. Ma se il terzo possessore, il quale ha rilasciato l'immobile, fa suoi i frutti maturati dopo il rilascio, quando la istanza dei creditori sia stata abbandonata per un anno, segno è ch'egli continui ad essere considerato proprietario dell'immobile anche dopo il rilascio e sino alla aggiudicazione; non in forza di altro titolo che di quello della proprietà potendo egli aver diritto alla percezione dei frutti medesimi.

4. Al principio che il terzo possessore conservi la proprietà dell'immobile rilasciato, sino all'aggiudicazione di esso mercè la vendita agl'incanti, sembra contraddire la disposizione dell'art. 2017, in cui si stabilisce: « che le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile, rivivono *dopo il rilascio* da lui fatto, o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguita, come gli spettavano prima del suo acquisto ». Perocchè può osservarsi, che se cotesti diritti rivivono a favore del terzo

possessore dopo il rilascio, vuol dire che da questo momento egli cessi di essere proprietario dell'immobile; non potendo alcuno avere servitù, ipoteche ed altri diritti reali frazionarii della proprietà sopra un immobile, di cui abbia ancora egli stesso la piena proprietà. Ma questa apparente contraddizione, fra il principio da noi sostenuto e la disposizione dell'art. 2017, si elimina facilmente, considerando che scopo della legge è quello di proclamare la reviviscenza dei diritti reali, posseduti sull'immobile dal terzo possessore anteriormente al suo acquisto, dopo che egli ne perda la proprietà, così per effetto della espropriazione avvenuta contro di lui e sul suo nome, come per effetto della espropriazione avvenuta contro e sul nome dell'amministratore, la quale naturalmente non può aver luogo che *dopo il rilascio* dell'immobile fatto dal terzo possessore. Se non che l'art. 2017 esprime cotesto suo pensiero con una formola alquanto scorretta ed inesatta, parlando del rilascio come punto di partenza per la reviviscenza dei diritti reali del terzo possessore, quando invece esso vuole alludere all'aggiudicazione, che ha luogo in seguito al suddetto rilascio.

Aggiungasi che la disposizione dell'art. 2017, anche così com'è redatta, si spiega dal punto di vista di permettere al terzo possessore, subito dopo il rilascio e prima dell'aggiudicazione, l'uso e l'esercizio di quelle servitù e diritti reali, che gli competevano sull'immobile anteriormente al suo acquisto. Pel rigore dei principii queste servitù e questi diritti reali non potrebbero rivivere a favore del terzo possessore, se non dopo l'aggiudicazione dell'immobile rilasciato; quando appunto egli cessa di esserne proprietario, e quando perciò l'immobile diventa per lui *res aliena,* sulla quale hanno base e fondamento i diritti reali. Ma, in via di equità, la legge permette che, nel tempo intermedio fra il rilascio e l'aggiudicazione, il terzo possessore ricuperi il provvisorio esercizio di fatto di coteste servitù, di una servitù per esempio di passaggio, che egli godeva, prima dell'acquisto, sull'immobile rilasciato, onde accedere ad un altro fondo di sua particolare pertinenza. In questo senso l'art. 2017 dice che la servitù rivive a favore del terzo possessore *dopo il rilascio;* mentre in realtà la servitù rivive giuridicamente e definitivamente solo

dopo l'aggiudicazione dell'immobile, la quale ha luogo in seguito al rilascio.

5. Non sono di diversa indole ed importanza le obbiezioni che si possono dedurre dal capoverso dell'art. 2016 e dall'art. 2022. Nel primo è detto: « che il *rilascio* non pregiudica alle ipoteche costituite dal terzo possessore e regolarmente iscritte »; perchè, di fatti, sino al tempo del rilascio il terzo possessore, come proprietario dell'immobile, ha potuto validamente costituirvi delle ipoteche, che non vi sarebbe motivo di non rispettare col loro proprio grado di iscrizione. Ma se la legge, si può osservare, parla soltanto delle ipoteche già costituite dal terzo possessore prima del rilascio, e tace delle altre che sarebbero da lui consentite nel tempo intermedio fra il rilascio e l'aggiudicazione dell'immobile, segno è che di queste altre ipoteche essa non riconosce la validità; e non la riconosce se non per altro possibile motivo, che dopo il rilascio il terzo possessore abbia perduto la proprietà dell'immobile, e non sia perciò più in condizione di gravarlo di alcun diritto reale. Invece il capoverso dell'art. 2016 va interpretato nel senso, che come l'aggiudicazione dell'immobile, avvenuta contro la persona e sul nome del terzo possessore, non pregiudica alle ipoteche da lui costituite sino a tal momento; così loro non pregiudica l'aggiudicazione dell'immobile avvenuta contro la persona e sul nome dell'amministratore, in seguito al rilascio dell'immobile da parte del terzo possessore. Devesi inoltre riflettere che, per l'ordinario, il terzo possessore, il quale rilascia l'immobile, già mostra la volontà di non ingerirsene altrimenti; e tanto meno egli penserà a costituirvi delle ipoteche e degli altri diritti reali, in quanto, dopo l'abbandono, difficilmente troverà chi voglia farne l'acquisto, in vista di un esito così problematico ed eventuale della loro efficacia. Epperò la legge, mettendosi sul terreno della realtà delle cose, non si occupa della ipotesi che il terzo possessore, dopo il rilascio dell'immobile, continui a farvi atti di disposizione sino all'aggiudicazione di esso mercè la vendita agl'incanti. Ma il non prevedere una data situazione di cose non importa già escluderla, ed è questo che a noi interessa stabilire. Egualmente, se

l'art. 2022 dà l'azione di regresso al terzo possessore contro il suo autore *dopo il rilascio*, non è già perchè sin da questo momento egli debba considerarsi evitto della proprietà dell'immobile, ma perchè la legge ha cura di dichiarare essere identica, per l'azione di garentia, tanto la condizione del terzo possessore espropriato nel suo nome, quanto quella del terzo possessore espropriato nel nome dell'amministratore in seguito al suo rilascio.

Insomma, la legge tutte volte che si riferisce agli effetti del rilascio, ricongiunge nella sua mente questo primo punto di partenza a quello che gli vien dietro dell'aggiudicazione dell'immobile; e se parla del rilascio è soltanto per distinguere l'aggiudicazione seguita sul nome dell'amministratore, da quella seguita sul nome dello stesso terzo possessore, il quale ha conservato sino all'ultimo l'immobile nelle sue mani.

6. Se noi insistiamo sul principio, è per dedurne delle conseguenze. Ove perciò l'immobile perisca dopo il rilascio e prima dell'aggiudicazione, esso perisce a danno del terzo possessore, il quale n'è ancora il proprietario, ed in virtù appunto del principio: *res perit domino*. Avverrà quindi che il terzo possessore, malgrado il perimento dell'immobile rilasciato, dovrà pur sempre all'alienante il prezzo dell'acquisto; perocchè egli non potrà considerarsi evitto dell'immobile a causa delle ipoteche che vi gravitavano, in quanto queste ipoteche non hanno realmente spiegato la loro efficacia, per essere l'immobile perito prima dell'aggiudicazione; ed in quanto l'immobile sarebbe egualmente perito, così se il debitore avesse soddisfatto i creditori prima dell'aggiudicazione liberandolo delle ipoteche, come se mai coteste ipoteche fossero esistite; nei quali casi certamente il perimento per caso fortuito dell'immobile non avrebbe dispensato l'acquirente dall'obbligo di pagare il prezzo (art. 1125). Certo, che se l'immobile fosse perito dopo l'aggiudicazione, il possessore avrebbe ritenuto il prezzo, imputandolo nella sua azione di regresso contro l'alienante, ed il danno della perdita sarebbe stato a carico dell'aggiudicatario; ma è appunto in questo senso che i rischi e pericoli della cosa sono a carico del proprie-

tario; ed il possessore dell'immobile rilasciato noi abbiamo detto rimanerne proprietario sino all'aggiudicazione, prima della quale è avvenuto il perimento per caso fortuito, ch'è la causa diretta ed immediata del suo danno.

Discende pure dal principio del mantenimento della proprietà dell'immobile rilasciato in testa al terzo possessore sino all'aggiudicazione, che se dal prezzo di vendita risulti un sopravvanzo, dopo il disinteressamento dei creditori ipotecarii, esso spetta al terzo possessore; non diversamente che se l'immobile fosse stato espropriato nelle sue mani (art. 2092). Ammessa invece la perdita della proprietà dell'immobile da parte del terzo possessore dopo il rilascio, quel sopravvanzo dovrebbe attribuirsi, o ai creditori ipotecarii, o all'alienante e suoi creditori chirografarii; secondo che, o gli uni, o l'altro, avessero a considerarsi divenuti proprietarii dell'immobile, dopo il rilascio fattone dal terzo possessore.

Inoltre, come già più innanzi accennavamo, il terzo possessore, anche dopo il rilascio dell'immobile, essendone tuttora proprietario, può costituirvi delle ipoteche ed altri diritti reali; salvo che, bene inteso, cotesti atti di disposizione non possono pregiudicare le ipoteche dei creditori iscritti contro il precedente proprietario; i quali hanno diritto di espropriare l'immobile nello stato in cui lo trovarono, quando vi accendevano le loro iscrizioni. Ma se cotesti creditori abbandonano la procedura sull'immobile rilasciato, o se, dopo di essersi soddisfatti delle loro ragioni, vi sia un sopravvanzo del prezzo della vendita, gli aventi causa del terzo possessore potranno reclamare il mantenimento dei loro diritti reali, ed i suoi creditori ipotecarii potranno su quell'avanzo pagarsi preferibilmente ai suoi creditori chirografarii; senza che alcuno possa impugnare la validità di quei diritti reali e di quelle ipoteche, sotto pretesto di essere stati costituiti da chi, per effetto del rilascio, non aveva più la proprietà dell'immobile e quindi la libera disposizione di esso.

Finalmente, anche dopo il rilascio, l'acquirente, conservando il possesso legittimo dell'immobile, continua a prescrivere contro il proprietario, nel caso ch'egli abbia acquistato l'immobile dal *non domino;* epperò, ove egli ricuperi l'immobile a termine dell'art. 2018,

si gioverà, pel compimento della prescrizione contro il proprietario, dello spazio di tempo entro il quale ne aveva abbandonato la detenzione e l'amministrazione.

7. Il terzo possessore, che si decide al rilascio, deve rilasciare l'immobile *senza riserva*, come dice l'art. 2013. Quindi egli deve rilasciarlo intero, senza poterne ritenere una parte; anche quando la parte che volesse rilasciare fosse sufficiente a coprire col suo prezzo le ragioni dei creditori iscritti. Egualmente, ove più sono gl'immobili ipotecati per lo stesso credito, il terzo possessore, loro acquirente, deve rilasciarli tutti; la ipoteca essendo indivisibile, e potendo perciò il creditore, dopo il rilascio di alcuni di quegl'immobili, espropriare ancora contro il terzo possessore gli altri immobili ipotecati rimasti nelle sue mani, rendendosi così inutile il parziale rilascio. Ma d'altro canto, ove il terzo possessore abbia alla sua volta alienato una parte dell'immobile, o uno dei diversi immobili ipotecati da lui acquistati, egli stornerà sempre dal suo capo e contro il suo nome la espropriazione, rilasciando la parte dell'immobile, o quello dei diversi immobili, di cui tuttora conserva il dominio ed il possesso. Il terzo possessore ha validamente alienato in forza del suo diritto di proprietà, fondato sul suo titolo di acquisto; e di fronte al creditore ipotecario del suo autore trovasi nella medesima posizione, in cui trovavasi costui circa la potestà di alienare tutta o parte della sostanza immobiliare ipotecata. Vuol dire che il creditore ipotecario si troverà di fronte a diversi terzi possessori, l'acquirente cioè del suo debitore e l'acquirente dell'acquirente, e contro i quali farà egualmente, senza alcun suo pregiudizio, valere la sua azione ipotecaria, così come alla lor volta essi potranno liberarsene, eseguendo ciascuno per suo conto il rilascio di ciò che possiede.

8. Il rilascio dell'immobile si eseguisce con dichiarazione fatta dal terzo possessore alla cancelleria del Tribunale competente per la subastazione, la quale ne spedisce certificato (art. 2019 pr. com.). L'autorità giudiziaria dunque secondo il nostro Codice non

interviene per dare atto al terzo possessore del rilascio, il quale costituisce una sua facoltà. Ma si comprende come in caso di opposizione da parte dei creditori o dell'alienante, i quali contestino al terzo possessore la facoltà del rilascio, sia per essersi personalmente obbligato al pagamento, sia per non averne la necessaria capacità, il Tribunale dovrà decidere della contestazione, ammettendo o rifiutando il rilascio, in conformità dei documenti e delle circostanze della causa.

In ogni caso però il Tribunale interviene per nominare all'immobile rilasciato l'amministratore, contro il quale sarà condotto il giudizio di espropriazione; amministratore che, in luogo del terzo possessore, assume appunto la rappresentanza dell'immobile, onde ricevere le notificazioni degli atti relativi alla subastazione (art. 2019 sec. com.). L'amministratore prende anche in custodia l'immobile rilasciato, per esigerne le rendite da distribuirsi ai creditori insieme al prezzo di vendita e invigilare alla conservazione di esso, cui sino a tal momento ha provveduto il terzo possessore (art. 2019 ter. com.). Onde, appunto per sgravarsi della responsabilità di cotesta custodia, è da ritenere che il terzo possessore vada compreso fra le persone, le quali, a termine del secondo comma dell'art. 2019, sono *interessate* a provocare la nomina dell'amministratore dell'immobile rilasciato.

9. Sino a che non sia seguita la vendita agl'incanti dell'immobile rilasciato, il terzo possessore può ricuperarlo, *pagando i crediti iscritti a norma dell'art.* 2013, *oltre le spese* (art. 2018); le spese cioè della procedura di esecuzione iniziata contro l'amministratore. Non vi sarebbe stata ragione di negare al terzo possessore una tale facoltà, mercè cui i creditori raggiungono, per via anche più spiccia e diretta, lo scopo della loro azione ipotecaria. Ma per ciò stesso si comprende come il terzo possessore abbia la facoltà di ricuperare l'immobile rilasciato, alla sola condizione di pagare i creditori iscritti, e non all'oggetto di far proseguire contro di lui la espropriazione incoata contro l'amministratore. Cotesta inversione della procedura sarebbe affatto capricciosa e senza pratici risultati;

chè se il terzo possessore aveva interesse di sorvegliare personalmente l'amministrazione e la subastazione dell'immobile, doveva pensarci a tempo non facendone il rilascio; il quale una volta avvenuto ha da seguire il suo corso, per non rendere sempre più complicato e dispendioso il giudizio di spropriazione.

Per ricuperare l'immobile rilasciato ed arrestare gli atti della vendita, il terzo possessore deve offrire di pagare effettivamente *illico et immediate* i creditori istanti; a meno che questi non si contentassero della sua semplice promessa di pagarli in seguito; nel qual caso il terzo possessore assumerebbe verso i creditori un'obbligazione personale, pel cui adempimento potrebbe un giorno venire espropriato, non solo dell'immobile in questione, ma anche di tutti gli altri suoi beni particolari; non diversamente che nel caso in cui, anche prima del rilascio, egli erasi obbligato verso i creditori a versare nelle loro mani il prezzo del suo acquisto.

Lezione Trentesimasesta

Sommario: Della facoltà della *purgazione dell'immobile dalle ipoteche iscritte:* oggetto e contenuto della purga. — Quali terzi possessori dell'immobile ipotecato possano avvalersi di tal facoltà.

1. Al terzo possessore, per liberarsi dall'azione ipotecaria dei creditori, può non convenire il pagamento di tutti i crediti iscritti a norma dell'art. 2013, quando l'ammontare di questi superi notevolmente il valore dell'immobile da lui acquistato. D'altra parte, egli può avere interesse di conservare di cotesto immobile il possesso ed il dominio, e di evitarne perciò, non solo il rilascio, ma la espropriazione, che i creditori, in virtù della loro ipoteca, hanno il diritto di promuovere contro di lui personalmente, cioè sul suo nome. In tali contingenze, la legge viene ancora in di lui soccorso,

mercè la facoltà che gli accorda della così detta *purgazione dello immobile dalle ipoteche*, di cui il concetto ed il contenuto è questo: il diritto che ha il terzo possessore di offrire in pagamento ai creditori il prezzo o il valore dell'immobile ipotecato, perchè, soddisfatti su di esso, sino a debita concorrenza e secondo l'ordine delle loro iscrizioni, l'immobile resti liberato di tutte le ipoteche che precedentemente vi gravitavano; salvo il diritto dei creditori di respingere, sotto certe condizioni, l'offerta, quando la trovino insufficiente per il soddisfacimento delle loro ragioni, e d'insistere invece per la vendita dell'immobile ai pubblici incanti (art. 2040, 2043, 2045 e 2046).

Da questa nozione della purga emerge evidente il suo fondamentale carattere di giustizia e di utilità, in quanto concilia tutti gli interessi che si riannodano alla costituzione ipotecaria. Da una parte, il terzo possessore è messo in condizione di consolidare nelle sue mani il proprio acquisto, liberando la sua proprietà dai vincoli che ne inceppano il libero commercio; e dall'altra parte i creditori ricevono ciò, che essi stessi si ripromettevano conseguire dalle loro ipoteche. Di fatti, se il terzo possessore si lasciasse espropriare, o rilasciasse l'immobile provocando egualmente l'espropriazione, i creditori sarebbero collocati, secondo il grado delle loro iscrizioni, sul prezzo dell'immobile ritratto dalla vendita agli incanti; dopo della quale tutte le ipoteche che precedentemente vi gravitavano sarebbero estinte, quelle comprese, che, per la insufficienza del prezzo d'incanto, non avrebbero procurato il soddisfacimento dei creditori cui appartenevano (art. 2029, n. 4, Cod. civ., ed art. 716 e 720 Cod. proc. civ.). Ora, non è a cotesto medesimo risultato che porta l'offerta del terzo possessore di pagare ai creditori iscritti, e secondo il grado delle loro iscrizioni, il prezzo o il valore del suo acquisto? Non è anzi un vantaggio per i creditori ricevere, senza le noie, le spese e le lungaggini di una procedura esecutiva, ciò che dall'esperimento della medesima loro potrebbe pervenire?

La facoltà della purga da parte del terzo possessore costituirebbe un attentato al diritto dei creditori, ove questi fossero costretti ad accettare il prezzo capricciosamente convenuto, o il valore capric-

ciosamente dichiarato dell'immobile; perchè, suppostolo inferiore al prezzo che se ne potrebbe ricavare dalla vendita agl'incanti, loro ne verrebbe un danno, che l'indole e lo scopo della garentia reale ipotecaria non comporta. Ma una volta che i creditori e ciascuno di essi hanno il diritto di respingere l'offerta, non trovandola corrispondente al giusto valore dell'immobile, provocandone così la subastazione, se essi l'accettano, è segno che non sperano di più dalla vendita agl'incanti; ed allora è giusto che il pagamento del prezzo offerto dal terzo possessore procuri quella stessa liberazione dell'immobile da tutte le ipoteche, la quale sarebbe stata occasionata dalla distribuzione del prezzo ritratto dalla vendita agl'incanti. È vero che la legge, accordando al terzo possessore la facoltà di purgare l'immobile dalle ipoteche iscritte, immediatamente dopo il suo acquisto, prima cioè che i creditori si decidano a promuovere la loro azione ipotecaria, o prima anche che sia giunta la scadenza dei loro crediti, li costringe indirettamente a realizzare le loro ragioni, o mercè l'accettazione dell'offerta, o mercè la subastazione, prima del termine da essi preveduto e stipulato. È vero pure, che, data questa libertà al terzo possessore di scegliere il momento opportuno per la purga, s'impedisce che i creditori scelgano alla lor volta un'epoca più favorevole per la subastazione. Ma sono cotesti inconvenienti così problematici, aleatorii e trascurabili pei creditori, che la legge non poteva bilanciarli con i vantaggi ed i benefizi certi e positivi, di ordine e d'interesse anche generale, annessi all'istituto della purga; cui perciò resta pur sempre impresso un carattere, non solo di equità, ma di piena rispondenza ai principii generali del sistema ipotecario.

2. Cotesta considerazione è per noi importantissima, come quella che ci dà il giusto criterio per determinare quali possessori possono avvalersi della facoltà della purga, contro certe restrizioni che la dottrina e la giurisprudenza sono venute introducendo, in base appunto ad un preteso attentato, che si vuole in essa ravvisare al diritto dei creditori ipotecarii. Onde noi diciamo che, in generale, la facoltà della purga spetta a tutti i terzi possessori, cui spetta la

facoltà del rilascio; perocchè come il rilascio apre la via alla espropriazione, così ad essa neppure si oppone la purga, una volta che i creditori possono insistere per la vendita agl'incanti. Epperò l'articolo 2040 si esprime in termini pressochè identici a quelli dell'articolo 2016, dicendo: che ogni acquirente, *il quale non sia personalmente obbligato* a pagare i creditori ipotecarii, ha facoltà di liberare gl'immobili da ogni ipoteca, iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto.

Noi già sappiamo chi sia il possessore dell'immobile obbligato personalmente per il debito: l'erede, il fideiussore, il condebitore solidale; i quali, come non possono rilasciare l'immobile per sottrarsi alle persecuzioni dei creditori ipotecarii, così non possono purgarlo dalle ipoteche iscritte, senza soddisfarle integralmente. S'intende poi che non possa considerarsi *obbligato personalmente*, allo scopo di rifiutargli la facoltà della purga, il possessore il quale abbia preso l'impegno di versare nelle mani dei creditori iscritti il prezzo o il valore dell'immobile; perocchè non ad altro che a questo si riduce il giudizio di purgazione. Onde da tal punto di vista intercede una differenza nel significato della *obbligazione personale*, cui alludono gli articoli 2016 e 2040. Perciò, a negare al possessore la facoltà della purga, come obbligato personalmente verso i creditori ipotecarii, è necessario supporre che egli abbia assunto l'impegno di soddisfarli integralmente; nel qual caso è evidente che egli non possa liberar l'immobile dalle ipoteche che vi gravitano, offrendo soltanto il prezzo o il valore del suo acquisto. Occorre bene intenderci su questo punto.

Sul podere del debitore Tizio sono scritte, con numero d'ordine progressivo, le ipoteche dei creditori: *A* per 20,000, *B* per 15,000, *C* per 10,000, *D* per 5000. Il debitore vende a Mevio l'immobile gravato di coteste ipoteche, pel prezzo di 40,000; e pattuisce che tal somma sarà dal compratore pagata ai creditori iscritti. Costoro accettano la delegazione del prezzo di 40,000, stipulato nel contratto di vendita dal loro debitore, non sperando ritrarne essi uno maggiore dalla vendita agl'incanti; ed allora il compratore non ha più diritto di rilasciare il podere per non pagare il prezzo, avendone

già assunto la personale obbligazione. Ma nello stesso tempo, pagando il prezzo convenuto ai creditori, egli ha il diritto di veder liberato l'immobile da tutte le ipoteche; compresa quella di *D*, che rimane incapiente, e quella di *C*, che è coperta solo per metà. Di fatti, in tanto il compratore si è obbligato a pagare il prezzo a tutti i creditori indistintamente, in quanto ha pensato così sottrarsi per sempre alle loro minacce di espropriazione; non potendosi *presumere* ch'egli volesse col suo prezzo pagare i creditori primi iscritti, per restare ancora esposto alle persecuzioni degli ultimi creditori iscritti non soddisfatti. Senza pertanto istituire un vero e proprio giudizio di purgazione, egli ne consegue lo stesso beneficio e risultato. Perciò, sotto questo punto di vista, mentre il terzo possessore è obbligato personalmente per non poter rilasciare l'immobile (art. 2016), non è obbligato personalmente, per non poterlo liberare da tutte le ipoteche iscritte, per non poternelo cioè purgare, mediante il pagamento del solo prezzo convenuto (art. 2040 e seg.). Insomma siamo in una ipotesi analoga a quella contemplata dall'art. 2023, di cui ci occupammo nella Lezione XXXIV.

Avverrà quindi, che se tutti i creditori non accettino di comune accordo quella delegazione di prezzo, con l'assentimento alla radiazione di tutte le loro iscrizioni, il compratore conserverà impregiudicata la facoltà d'istituire il giudizio di purgazione, onde conseguire lo stesso scopo della sua prima promessa contrattuale; salvo il diritto dei creditori dissenzienti di promuovere la vendita a termine dell'art. 2045.

3. Se invece supponiamo che nel contratto di vendita il compratore si fosse obbligato, non già a *pagare il prezzo ai creditori*, ma a *soddisfarli dei loro crediti*, in tal caso non solo egli non può più rilasciare l'immobile, ma non potrà neanche purgarlo dalle ipoteche iscritte, cioè liberarnelo mediante il pagamento del solo prezzo di acquisto di 40,000, da distribuirsi ai creditori in grado utile di trovarvi collocazione; essendosi egli personalmente obbligato a pagare tutti i creditori per l'integrale ammontare delle loro ragioni; obbligazione incompatibile con la facoltà della purga. In tal caso il com-

pratore si trova nella identica posizione, in cui prima si trovava il debitore; nella posizione cioè del debitore originario, che non solo non può liberare la sua proprietà dalle ipoteche, se non pagando integralmente i creditori iscritti, ma di tal pagamento risponde anche con gli altri beni, sui quali i detti creditori non hanno una speciale garentia. Ecco in che senso l'art. 2040 nega la facoltà della purga al possessore *obbligato personalmente.*

Dicasi altrettanto del donatario o legatario, cui il donante o il testatore abbiano imposto l'obbligo di pagare i creditori, iscritti sull'immobile donato o legato. L'acquirente a titolo gratuito è libero di accettare o rifiutare la liberalità, fattagli con un peso o una condizione; ma accettatala, si obbliga personalmente verso le persone a cui favore il peso e la condizione sono stipulati, facendo propria, nel caso da noi contemplato, quella obbligazione di pagare i creditori iscritti, che altrimenti sarebbe rimasta del donante o dell'erede del testatore.

4. In conformità del principio da noi dichiarato, che la facoltà della purga spetta a tutti i terzi possessori cui spetta la facoltà del rilascio, è da ritenere che il coerede, il quale in seguito alla divisione abbia acquistato l'esclusivo dominio dell'immobile ipotecato dal *de cujus*, dopo di aver pagato la sua quota contributiva nel debito, per la quale solo è personalmente obbligato, può istituire il giudizio di purgazione, onde liberare l'immobile di tutte le ipoteche che vi sono iscritte. La indivisibilità della ipoteca non impedisce affatto la divisione del debito ipotecario fra gli eredi; onde quando l'erede, possessore dell'immobile ipotecato, ha soddisfatto la sua propria quota di debito, resta affatto estraneo alla obbligazione originaria, per la cui garentia veniva costituita l'ipoteca; e perciò egli diventa un vero *terzo possessore*, con tutti i diritti e gli obblighi che la legge gli riconosce.

5. Egualmente noi accordiamo la facoltà di istituire giudizio di purgazione al semplice datore d'ipoteca, a quegli cioè il quale ha costituito l'ipoteca sul suo immobile per la garentia di una

obbligazione altrui. Non è forse egli un terzo possessore? cioè possessore dell'immobile ipotecato, e terzo, estraneo alla obbligazione cui la ipoteca si riferisce? Per negargli la facoltà della purga si oppone innanzi tutto, che, avendo egli stesso di sua libera volontà costituito l'ipoteca, non deve, per un atto opposto della sua medesima volontà, distruggere la garentia data ai creditori. Distruggere la garentia? Ma il possessore, il quale istituisce il giudizio di purgazione, lungi dal distruggerla, realizza invece la garentia ipotecaria dei creditori. Egli offre loro spontaneamente ciò che essi conseguirebbero con la espropriazione, cioè il valore dell'immobile ipotecato. Di questo valore non sono contenti, sperando coprirsi meglio col prezzo della vendita agl'incanti? Si decidano dunque per la subastazione!

Confutato questo primo argomento, gli scrittori ne adducono un altro, ch'è semplicemente specioso. L'articolo 2040, essi dicono, accorda la facoltà della purga all'*acquirente* dell'immobile ipotecato; e negli articoli successivi si parla anche del *nuovo proprietario* dell'immobile ipotecato. Ora il terzo datore d'ipoteca non è nè acquirente, nè nuovo proprietario dell'immobile ipotecato, del quale invece ha sempre avuto il legittimo possesso e dominio. È la legge adunque che lo esclude dal numero dei terzi possessori, cui è concessa la facoltà della purga. Noi rispondiamo che la legge parla dell'acquirente e del nuovo proprietario dell'immobile ipotecato, riferendosi al caso ordinario della ipoteca costituita dallo stesso debitore, e non a quello eccezionale della ipoteca consentita dal proprietario dell'immobile per la garentia della obbligazione altrui. Non è forse per questo motivo che l'art. 1987 fra le enunciazioni, le quali si debbono contenere nelle note della iscrizione, tralascia d'indicare quella che si riferisce al nome, cognome e domicilio del terzo datore d'ipoteca? D'altronde, la facoltà della purga nell'articolo 2013 è messa a fianco di quella del rilascio e dell'altra del pagamento dei crediti iscritti; facoltà tutte concesse indistintamente al *terzo possessore* in genere. Egualmente di terzo possessore, e non di acquirente o di nuovo proprietario, si parla negli articoli 2044 e 2050, i quali pur si trovano allogati in quella stessa

sezione X, in cui è disciplinato il giudizio di purgazione. Questo dimostra che la legge non attribuisce alle sue espressioni « acquirente e nuovo proprietario » un significato diverso da quello, che attribuisce alla espressione « terzo possessore »; semplicemente la legge si occupa di quella specie di terzi possessori, sui quali più comunemente la pratica degli affari e la realtà delle cose richiamano la sua attenzione. L'argomento letterale, che stiamo discutendo, è affatto sproporzionato alla conseguenza che se ne pretende dedurre. Se ne vuole ancora una prova? L'art. 2015 non parla che del terzo possessore, il quale ha fatto *trascrivere* il suo titolo di acquisto. Si concluderebbe per questo che la disposizione dell'articolo 2015 non è applicabile al legatario, il quale non ha un titolo di acquisto da trascrivere? Nessuno oserebbe affermarlo, e già altrove lo dimostrammo. Di più, anche riguardo al giudizio di purgazione, gli articoli 2040 e 2041 esigono la formalità della trascrizione da parte del terzo possessore. Ora, come abbiamo osservato, e più innanzi dimostreremo, il legatario non ha niente da trascrivere; e per questo si negherebbe al legatario dell'immobile ipotecato la facoltà di purgarlo dalle iscrizioni che vi gravitano? L'argomento letterale dunque in cosifatte questioni è quel tale argomento, che per voler provare troppo finisce per provar nulla.

Finalmente noi qui richiamiamo tutte le altre considerazioni, che svolgemmo nella Lezione XXX, per assimilare la posizione del terzo datore d'ipoteca a quella dell'acquirente dell'immobile ipotecato.

6. L'acquirente di una parte dell'immobile ipotecato, o di uno dei diversi immobili ipotecati; l'acquirente di un diritto di usufrutto o della nuda proprietà, del dominio diretto o del dominio utile, di un immobile ipotecato nella piena proprietà, godono della facoltà della purga relativamente all'obbietto del loro acquisto? Ci riportiamo alle cose dette nelle Lezioni XIX, XX e XXX, dove stabilimmo i criteri giuridici per la soluzione di siffatte questioni. Qui dobbiamo soltanto occuparci, per combatterla, di una nuova teoria che qualche commentatore del Codice civile italiano ha soste-

nuto, riguardo alla facoltà della purga, a proposito del diritto di usufrutto.

Il debitore, dopo aver costituito a favore dei suoi creditori un'ipoteca sull'immobile di cui ha la piena proprietà, vi costituisce un diritto di usufrutto a vantaggio di un terzo. Può questo usufruttuario purgare il suo acquisto, offrendo ai creditori il prezzo o il valore del solo suo diritto di usufrutto, in guisa che la ipoteca si restringa alla nuda proprietà dell'immobile rimasto nelle mani del debitore? No, se ed in quanto vi sia il pregiudizio dei creditori ipotecarii, secondo dimostrammo nei luoghi sopra citati.

Ma un usufruttuario invece costituisce la ipoteca a favore dei suoi creditori sul suo diritto di usufrutto, a norma del num. 2 dell'art. 1967, e poscia questo usufruttuario trasmette ad altri il suo diritto di usufrutto. L'acquirente di cotesto diritto di usufrutto, già ipotecato, può purgarlo dalle iscrizioni che vi gravitano, offrendo ai creditori il prezzo o il valore del suo acquisto? La risposta affermativa è data unanimamente dalla dottrina francese; in fatti nel caso da noi configurato concorrono tutti gli elementi per ammettere l'acquirente di un diritto di usufrutto al beneficio della purga: egli è vero e terzo possessore di quell'immobile su cui era surta l'ipoteca, ed i creditori non hanno diritto che a quel prezzo del diritto di usufrutto, che costituisce l'oggetto della loro garentia, e che l'acquirente loro offre spontaneamente. Ora, che cosa v' ha di nuovo nel Codice civile italiano, perchè debba respingersi una così ragionevole teoria? Vi ha una differenza, si osserva, fra la dizione dell'art. 2181 del Codice francese e quella dell'art. 2040 del nostro Codice. Nel primo si parla espressamente di acquirente d'immobile e di *diritti reali immobiliari*, fra i quali entra l'usufrutto, mentre l'altro parla soltanto dell'acquirente d'immobili; che se perciò la nostra legge limita la facoltà della purga in favore del solo acquirente di un immobile, l'interprete non può estenderla a vantaggio anche dell'acquirente di un diritto reale immobiliare. L'interprete, noi diciamo, non estende niente, quando nella stessa espressione « acquirente d'immobili » comprende l'acquirente di un diritto di usufrutto, perchè l'usufrutto dei beni immobili è alla

sua volta un bene immobile. La espressione del nostro art. 2040 non diversifica da quella dell'art. 2181 del Codice francese, se non per essere più sobria e concisa. Il nostro art. 2016 anche parla di possessore dell'immobile ipotecato, e non di possessore del diritto reale immobiliare ipotecato. Ora, se nel caso supposto il creditore si rivolga con l'azione ipotecaria contro l'acquirente del diritto di usufrutto, su cui cade l'ipoteca, neghereste voi a costui il diritto del rilascio? E se glielo accordate, non è perchè egli è contemplato dall'art. 2016 nella generica espressione di terzo possessore dell'immobile ipotecato?

S'insiste che nelle nostre leggi si trovano altre espressioni, le quali indicano doversi intendere per acquirente d'immobili l'acquirente della piena proprietà di essi e non di semplici diritti reali immobiliari: le espressioni cioè di « proprietario » e di « nuovo proprietario », di cui si parla negli articoli 2041 e 2043. Innanzi tutto noi abbiamo dimostrato qual valore bisogna dare a cotesti argomenti puramente letterali; ma del resto, non si ha forse anche la proprietà, il dominio, di un diritto reale immobiliare? La legge non dice persino che si è proprietarii di un *credito?* (art. 1538). Nella subbietta materia proprietario dell'immobile ipotecato vuol dire il soggetto attivo, la persona cui appartiene la cosa su cui grava l'ipoteca; e questa cosa è così l'immobile considerato nel suo pieno dominio, come un diritto reale immobiliare; quel diritto reale immobiliare almeno, che l'art. 1967 dichiara capace di essere ipotecato: il diritto di usufrutto, il diritto del concedente, il diritto dell'enfiteuta.

7. Quegli che acquista sotto condizione sospensiva l'immobile ipotecato può avvalersi della facoltà della purga? Non lo crediamo; non già perchè l'acquirente sotto condizione sospensiva non possa sotto un certo punto di vista considerarsi proprietario dell'immobile, tanto vero ch'egli stesso può gravarlo d'ipoteche prima dell'adempimento della condizione (art. 1966); ma perchè l'esercizio della purga presuppone che il terzo possessore possa essere molestato dall'azione ipotecaria dei creditori, ed alla quale

egli voglia sottrarsi, pagando, rilasciando o purgando. Ora il creditore non può rivolgersi contro il terzo, che essendo estraneo alla obbligazione, neppure ancora ha il possesso dell'immobile ipotecato, qual è l'acquirente di un immobile sotto condizione sospensiva.

8. Non può invece contestarsi la facoltà della purga all'acquirente dell'immobile sotto condizione risolutiva. I creditori ipotecarii possono agire immediatamente contro di lui con la loro azione reale; il terzo possessore quindi ha diritto ed interesse di liberarsene con tutti i mezzi che la legge mette a sua disposizione. Ma quale sarà l'effetto dell'avveramento della condizione? La condizione una volta adempiuta ha effetto retroattivo; epperò l'acquirente si considera come se mai fosse stato proprietario dell'immobile, che egli ha purgato dalle ipoteche iscritte a carico del precedente proprietario (art. 1158 e 1170). Le ipoteche dunque non soddisfatte sul prezzo o sul valore dell'immobile risorgono a carico di codesto proprietario, il quale si reputa alla sua volta di non aver mai perduto la proprietà dell'immobile. Ma oltre a ciò, i creditori che sono stati soddisfatti possono venir costretti a restituire le somme ricevute, salvo sempre il lor diritto di veder rivivere le proprie ipoteche? I creditori possono opporre di aver ricevuto ciò che ad essi spettava, e quegli che ha esercitato la purga eserciterà l'azione di regresso contro il suo autore. L'acquirente sotto condizione risolutiva sapeva di poter perdere la proprietà dell'immobile; se non ostante questo, per sfuggire all'azione reale dei creditori, ha preferito di purgare anzichè di rilasciare l'immobile, con qual diritto vorrebbe oggi ripetere dai creditori il prezzo spontaneamente loro offerto, e costringerli a rinnovare tutta una procedura esecutiva, che sarebbe ormai per essi un fatto compiuto, ove egli, anzichè purgare, avesse rilasciato l'immobile, provocandone la espropriazione?

Lezione Trentesimasettima

Sommario: Delle *forme* e *condizioni* del giudizio di purgazione. — Della natura e del contenuto della *offerta*, che fa il terzo possessore ai creditori iscritti del prezzo stipulato o del valore dichiarato dell'immobile. — Della *capacità giuridica* per istituire il giudizio di purgazione.

1. Sia che il terzo possessore inizii spontaneamente il giudizio di purgazione, per non restare più o meno lungo tempo sotto la minaccia dell'azione ipotecaria dei creditori; sia che vi si decida in seguito alla intimazione dei creditori stessi, notificatagli a termine dell'art. 2014; il primo atto, cui egli deve procedere, è la *trascrizione* del proprio titolo di acquisto (art. 2040 e 2041).

La trascrizione per l'effetto della purga è imposta al terzo possessore in conformità del principio del diritto moderno: « che gli atti, almeno quelli tra vivi, i quali trasferiscono proprietà d'immobili, o di altri beni e diritti capaci d'ipoteca, sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi, che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti all'immobile » (art. 1942). Ora, sino a quando il terzo possessore dell'immobile ipotecato non ha trascritto il suo titolo di acquisto, non può farsi riconoscere proprietario dai creditori iscritti, che sono terzi rispetto a lui; e manca perciò della qualità necessaria per pretendere di liberare l'immobile dalle loro ipoteche; non essendo che in virtù del suo diritto di proprietà che la legge lo autorizza ad istituire il giudizio di purgazione. D'altronde, è lo stesso terzo possessore interessato a trascrivere, il più sollecitamente che può, il proprio titolo d'acquisto; per impedire così che continuino ad iscriversi sull'immobile da lui acquistato ipoteche costituite dal suo alienante, e non ancora iscritte al momento della sua trascrizione (art. 1942 ter. com.). Ragione per cui l'art. 2040 non parla che della liberazione dell'immobile dalle ipoteche, *iscritte anteriormente alla trascrizione del titolo d'acquisto*

del terzo possessore; dopo di una tale trascrizione non potendo più avere effetto contro l'acquirente alcuna iscrizione d'ipoteca costituita dal precedente proprietario; e non occorrendo quindi purgare l'immobile acquistato di una ipoteca, che mai rispetto a lui ha avuto alcun principio di esistenza.

2. Ma appunto per questo, il terzo possessore, che voglia procedere al giudizio di purgazione, non può essere costretto a trascrivere un titolo di acquisto, che dipende da un atto a causa di morte, qual è il legato. Il legatario dell'immobile ipotecato se ne farà riconoscere proprietario dai creditori iscritti in virtù della sola esistenza del testamento, il quale è atto traslativo della proprietà *erga omnes*, indipendentemente dalla formalità della trascrizione (art. ed arg. art. 1932, 1942 e 710). E d'altra parte, sin dal momento dell'apertura della successione, indipendentemente cioè da ogni trascrizione, non possono più validamente iscriversi contro il legatario, sull'immobile legato, ipoteche, che vi fossero state costituite in vita dal testatore, secondo le spiegazioni fornite nella Lezione XI. A che scopo dunque il legatario, il quale volesse procedere alla purgazione dell'immobile dalle ipoteche già regolarmente iscritte al momento della morte del testatore, dovrebbe trascrivere codesto suo titolo d'acquisto, ch'è il legato? Come richiedere per gli effetti speciali della purga la formalità della trascrizione, che la legge non richiede per gli altri e più larghi effetti della trasmissione della proprietà, ai quali pure i primi s'innestano e si riannodano? Malgrado perciò l'apparente generico disposto degli art. 2040 e 2041, è giuocoforza limitarne l'osservanza, in quanto riguarda la formalità della trascrizione, ai soli titoli di acquisto per atti tra vivi: come i soli per i quali concorre la ragione ed il fondamento della disposizione, e sui quali soltanto, per la loro maggior frequenza ed importanza, è stata richiamata l'attenzione del legislatore. Dicasi altrettanto della disposizione dell'art. 2043, n. 4.

3. Agli effetti della purga la legge non assegna alcun termine speciale entro il quale il terzo possessore debba trascrivere il suo

titolo di acquisto, quando i creditori ipotecarii rimangano silenziosi; perocchè, siccome in tal caso l'acquirente può iniziare il procedimento per la purga nel momento che più gli sembri opportuno, così anche piena libertà gli è lasciata riguardo al tempo di eseguire la trascrizione del suo titolo, la quale costituisce il preliminare della purga. Ma se i creditori ipotecarii invece hanno già spiegato la loro azione reale in conformità dell'art. 2014, il terzo possessore che voglia purgare deve trascrivere il suo titolo di acquisto, quando già non vi abbia in precedenza provveduto, entro venti giorni dall'intimazione, di cui nello stesso art. 2014; perocchè anche un termine speciale, quello di quaranta giorni, gli è assegnato per procedere agli altri atti del giudizio di purgazione, di cui, come si è detto, la trascrizione del titolo di acquisto è un preliminare (art. 2041).

4. Anche come altro atto preliminare per la purga, il terzo possessore deve fare *iscrivere* sull'immobile acquistato, a favore della massa dei creditori dell'alienante, l'ipoteca legale per garentia del prezzo d'acquisto o del valore da lui dichiarato dell'immobile acquistato (art. 2042). Cotesta iscrizione è analoga a quella che il cancelliere deve curare, a termine dell'art. 2089, a favore della massa dei creditori contro il deliberatario degli immobili messi all'incanto. Essa giova innanzi tutto ai creditori chirografarii dell'alienante, onde in caso di sopravanzo di prezzo, dopo l'utile collocazione dei creditori ipotecarii, sia loro assicurata quella somma, che altrimenti l'acquirente pagherebbe senza responsabilità all'alienante. Ma la iscrizione di cui all'art. 2042 può giovare anche ai creditori ipotecarii dell'alienante, le cui particolari iscrizioni siano per perimersi dopo la trascrizione del titolo di acquisto del terzo possessore, e prima della loro collocazione sul prezzo da lui offerto per la purga, o sul prezzo della vendita all'incanto, da loro richiesta in seguito a questa offerta a norma dell'art. 2045. Loro giova nel senso, che quella iscrizione *vale per rinnovazione* delle loro particolari iscrizioni, della quale rinnovazione perciò non hanno più l'obbligo, in conformità del combinato disposto degli art. 2003 e 2012, e secondo osservammo nella Lezione XV.

5. Il vero e proprio giudizio di purgazione comincia col ricorso, che il terzo possessore presenta al presidente del Tribunale competente per la espropriazione, in conformità dell'art. 727 Cod. proc. civ. È su questo ricorso che il presidente dichiara aperto con suo decreto il giudizio di graduazione, stabilendo, fra l'altro, i termini entro i quali debba aver luogo la *notificazione* di cui nell'art. 2043 (art. 728 proc. civ.); la quale però, ove i creditori ipotecarii abbiano già promosso la loro azione, dev'essere fatta imprescindibilmente entro i quaranta giorni dalla intimazione di cui nell'art. 2014 (art. 729 proc. civ.).

Cotesta notificazione deve contenere, a norma dell'art. 2043, tutte le indicazioni che forniscano alle parti interessate gli elementi di fatto e di diritto, sui quali s'inizia e si esplica a lor riguardo il giudizio di purgazione. Epperò, dev'essere fatta a cura del terzo possessore, per mezzo d'usciere, ai creditori iscritti ed all'alienante, con le seguenti enunciazioni:

1° La data e la natura del titolo di acquisto, col relativo certificato della eseguita trascrizione, quando il titolo sia soggetto a trascrizione (n. 1 e 4 dell'art. 2043);

2° La data e il numero d'ordine della iscrizione, presa dal terzo possessore a favore della massa dei creditori dell'alienante, in conformità dell'art. 2042 (n. 5 dell'art. 2043);

3° La qualità e situazione dei beni da purgare delle ipoteche iscritte, col loro numero di catasto, o altra loro designazione, come risultano dallo stesso titolo di acquisto (n. 2 dell'art. 2043);

4° Il prezzo convenuto per l'acquisto, o il valore che lo stesso terzo possessore dichiarerà, se trattisi d'immobili acquistati a titolo gratuito, o il cui prezzo non fu determinato nel contratto (n. 3 dell'art. 2043);

5° Uno stato in tre colonne di tutte le iscrizioni esistenti sopra i detti beni, prese contro l'alienante anteriormente alla trascrizione del titolo di acquisto del terzo possessore, sempre ove codesto titolo sia soggetto a trascrizione. Nella prima colonna sarà indicata la data delle iscrizioni; nella seconda il nome e cognome dei creditori; nella terza l'importare dei crediti iscritti (n. 6 dell'art. 2043).

Le notificazioni sono fatte al domicilio eletto dai creditori in conformità dell'art. 1987, n. 2, per maggior comodità del terzo possessore; onde, non solo non gli è vietato eseguirle in persona propria, o al loro domicilio reale, ma, mancando quella elezione, egli può farle presso l'ufficio delle ipoteche, nel quale i creditori si sono iscritti (art. 2043 in princ. ed art. 1999).

Nella notificazione suddetta il terzo possessore deve alla sua volta, per comodo dei creditori, eleggere domicilio nel Comune ove siede il Tribunale competente per la subastazione; sotto pena di vedersi altrimenti fatte dai creditori le loro notificazioni presso la cancelleria del Tribunale medesimo, secondo le norme generali della procedura.

Inoltre deve curare, nell'interesse dei creditori, specialmente chirografari, onde dar loro notizia dell'iniziato procedimento della purga, che un estratto di quella notificazione sia *inserito* nel giornale degli annunzi giudiziari (art. 2044).

6. Finalmente, a norma dello stesso art. 2044, il terzo possessore nella notificazione che fa ai creditori deve *offrir* loro in pagamento quello stesso *prezzo* o quello stesso *valore dell'immobile*, che egli ha dichiarato in conformità del n. 3 dell'art. 2043. Codesta offerta è l'elemento essenziale del giudizio di purgazione, essendo per suo mezzo che i creditori possono essere soddisfatti delle loro ragioni senza la vendita dell'immobile agl'incanti, e che il terzo possessore può liberarlo dalle ipoteche iscritte, qual è lo scopo del giudizio da lui promosso. L'offerta, una volta fatta, e sino a quando nel termine di legge non sia rifiutata dai creditori, obbliga personalmente l'acquirente, per modo ch'egli non possa più ritrattarla e liberarsi col rilascio dell'immobile. Riconosciamo che in virtù dei principii generali di diritto una semplice offerta non obbliga il proponente, sino a che non sia tacitamente o espressamente accettata dall'altra parte, e che perciò sino a tal momento l'offerta può essere disdetta o modificata. Ma nel caso dell'offerta del prezzo per la purga crediamo debba diversamente interpretarsi l'intenzione del legislatore, il quale, accordando ai creditori un termine perentorio *per rifiutare*, e non per

accettare, l'offerta (art. 2046), deve necessariamente entro lo stesso termine considerarla persistente ed irretrattabile da parte del terzo possessore. Se dunque il silenzio dei creditori importa l'accettazione della offerta dell'acquirente, essi possono sempre sostenere di averla accettata, sin dal primo momento ch'è stata loro fatta, sol perchè mai l'hanno espressamente rifiutata; altrimenti li si costringerebbe ad una accettazione espressa, che la legge ad essi non impone. È vero che il silenzio dei creditori equivale accettazione dell'offerta quand'è protratto per quaranta giorni, mentre si suppone che l'acquirente voglia ritirare la sua offerta prima del decorrimento di tale termine. Ma deve riflettersi che i quaranta giorni sono concessi ai creditori nel loro vantaggio, perchè essi possano con cognizione di causa decidersi, anzichè a riceversi la somma messa a loro disposizione dall'acquirente, a tentare invece la subastazione dell'immobile, nella speranza di trarne così un maggior profitto. L'offerta dunque di per sè stessa obbliga *ipso facto* l'offerente, perchè accompagnata da una presunzione di accettazione immediata da parte dei creditori, contro la quale essi soli possono insorgere, manifestando una volontà contraria nel termine stabilito dalla legge. D'altronde, noi non versiamo in una materia puramente privata contrattuale, bensì nelle forme di un giudizio e di una procedura, che la legge disciplina con criteri speciali e rigorosi, aventi attinenza anche con l'ordine e l'interesse pubblico. E di fatti l'offerta, indipendentemente da ogni accettazione, non solo obbliga immediatamente il terzo possessore, ma anche in certa guisa i creditori; i quali non possono già respingerla *sic et simpliciter*, ma sono obbligati a tenerne conto, così per dover promuovere subito una subastazione, cui altrimenti forse non si sarebbero decisi che molto più tardi, come per farne la base del prezzo d'incanto e di certe loro speciali responsabilità, cui certo non sarebbero andati incontro, se essi stessi avessero promosso e condotto a termine la subastazione, secondo vedremo in appresso (art. 2045). Le parole dunque *offerta*, *accettazione*, *rifiuto*, *rinunzia*, ecc. vanno intese con quello speciale riguardo alla materia procedurale, che ne modifica il significato ed il valore ordinario.

7. Ciò che il terzo possessore deve offrire in pagamento ai creditori ipotecarii è il prezzo dell'immobile stipulato nel suo contratto di acquisto, o il valore ch'egli ne dichiarerà con libero apprezzamento, quando l'acquisto sia a titolo gratuito, o, pur essendo a titolo oneroso, il prezzo non fu determinato nel contratto (art. 2044, comb. con l'art. 2043). L'offerta perciò di un prezzo minore del convenuto nel titolo di acquisto sarebbe irregolare, e non ligherebbe i creditori malgrado ch'essi l'avessero tacitamente o espressamente accettata; potendo sempre impugnarsi l'accettazione per causa di dolo o di errore, come qualsiasi altra prestazione di consenso. Di fatti, è ben naturale presumere, che se i creditori avessero conosciuto il maggior prezzo convenuto nel titolo di acquisto del terzo possessore, non si sarebbero contentati di quello minore, da lui offerto, contrariamente al vero, come stipulato. È perciò il fatto del terzo possessore che induce in errore i creditori, ai quali non si può certo far rimprovero di aver avuto fiducia nella lealtà e verità della sua dichiarazione, che ha per base un dato di fatto certo e determinato.

Quando al contrario trattasi di un valore liberamente dichiarato dal terzo possessore, il cui titolo di acquisto è gratuito, o pur essendo oneroso non contenga una determinazione di prezzo, il semplice fatto della inferiorità del valore offerto, di rincontro a quello effettivo che presenta l'immobile, non può bastare perchè i creditori, venuti a cognizione della differenza, impugnino la loro accettazione. Da una parte, il terzo possessore può egli stesso essersi ingannato nella valutazione approssimativa dell'immobile, non avendo l'obbligo di farne preventivamente un'esatta stima; e dall'altra parte, anche quando scientemente ha dichiarato un valore inferiore al vero, non ha con questo tratto in inganno i creditori; i quali ben potevano dubitare che l'acquirente si fosse tenuto al di sotto del reale valore dell'immobile, o in piena buona fede, o per la legittima preoccupazione del proprio interesse; e perciò ben potevano e dovevano assumere essi dirette informazioni del vero stato delle cose, imputando quindi a loro colpa se per oscitanza sonosi accontentati delle asserzioni dell'acquirente. Che se poi questo, oltre ad una semplice non vera dichiarazione di valore, abbia anche usato mezzi e raggiri fraudolenti per

indurre i creditori a ritenerla giusta ed esatta, in tal caso il dolo, essendo il motivo determinante dell'accettazione dei creditori, non può non esserne causa di rescissione, secondo i principii generali di diritto riguardo alla validità del consenso, prestato da quegli contro il quale l'atto si produce.

8. Insieme al prezzo stipulato, o al valore dichiarato dell'immobile, il terzo possessore non ha obbligo di offrire ai creditori nelle sue notificazioni anche gl'interessi sulle somme indicate, solo perchè la legge non gliene fa carico speciale (art. ed arg. art. 2043, n. 3 ed art. 2044). Ma ciò però non toglie che gl'interessi siano dovuti dal terzo possessore ai creditori, per essere loro distribuiti insieme alla somma capitale offerta, secondo l'ordine delle iscrizioni. La questione sta solo nel decidere da qual momento gl'interessi decorrano a favore dei creditori iscritti. Noi crediamo debbano farsi parecchie distinzioni. Ed in primo luogo occorre stabilire, se al momento dell'offerta da parte dell'acquirente i creditori ipotecarii abbiano già promosso la loro azione reale a termine dell'art. 2014; oppure se il terzo possessore abbia preso egli stesso l'iniziativa del giudizio di purgazione. Occorre in secondo luogo distinguere se l'immobile produca o no frutti ed altri proventi, che ne aumentino di mano in mano il valore. Quando l'immobile è fruttifero ed i creditori hanno promosso la loro azione ipotecaria, l'acquirente che vuol purgare deve pagare sul prezzo, o sul valore dichiarato dell'immobile, gl'interessi che decorrono sin dal giorno della trascrizione del precetto, perchè sin da questo giorno sono dovuti i frutti dell'immobile, rappresentati da questi interessi (art. 2021, cap.). Che se l'immobile è fruttifero, ma i creditori non hanno ancora promosso la loro azione quando l'acquirente istituisce il giudizio di purgazione, gl'interessi sono soltanto dovuti dal giorno delle sue notificazioni, di cui negli art. 2043 e 2044, dal giorno cioè della sua offerta; perchè soltanto da tal giorno sono dovuti ai creditori iscritti i frutti dell'immobile che quegl'interessi rappresentano (art. 2021, cap.). Ma se l'immobile è infruttifero, abbiano o pur no promosso la loro azione ipotecaria i creditori quando l'acquirente istituisce il giudizio di purgazione, gl'interessi

non sono loro dovuti che dal giorno dell'offerta del prezzo o del valore dichiarato dell'immobile; perchè non è che da questo giorno che l'acquirente deve ai creditori una somma in danaro, di cui gli interessi sono a suo carico, non diversamente che a carico di un deliberatario dell'immobile subastato dal giorno dell'aggiudicazione (art. 719, 723 e 740 Cod. proc. civ.). Diciamo dal giorno dell'offerta, e non da quello dell'accettazione espressa dai creditori, o dal decorrimento del termine dei quaranta giorni di cui nell'art. 2046; perocchè l'offerta del terzo possessore, come dimostrammo più innanzi, lo obbliga immediatamente, quando e sol perchè i creditori non vi si sono opposti promuovendo la vendita agl'incanti.

9. L'offerta del prezzo o del valore dell'immobile dev'esser fatta dal terzo possessore senza riserve e restrizioni; così come vedemmo che senza riserva egli doveva fare il rilascio dell'immobile, quando preferiva attenersi a tal partito. Il compratore quindi dell'immobile ipotecato deve offrire immediatamente ai creditori il prezzo del suo acquisto, malgrado la dilazione al pagamento pattuito col venditore. Col giudizio di purgazione i creditori iscritti non sono affatto surrogati all'alienante, di cui nè esercitano i diritti, nè rispondono delle obbligazioni. Il prezzo che loro offre l'acquirente è quello bensì che egli ha stipulato con l'alienante nel suo valore quantitativo; ma la causa del pagamento sta tutta nel diritto che hanno i creditori in virtù dell'ipoteca di espropriare l'immobile da lui acquistato; espropriazione che il terzo possessore vuol prevenire, offrendo loro, in cambio del prezzo che ne ritrarrebbero dalla vendita agli incanti, il prezzo che egli ha stipulato nella vendita particolare interceduta fra lui e l'ipotecante. Tanto vero che i creditori non sono sostituiti affatto all'alienante, riguardo alle somme offerte in pagamento dall'acquirente, che questi deve offrire ai creditori il valore dell'immobile, anche quando il suo acquisto sia a titolo gratuito, e quando certamente niente egli deve in corrispettivo al suo autore. Le particolari convenzioni dunque stipulate fra l'alienante e l'acquirente sono improduttive di effetti rispetto ai creditori iscritti, contro i quali s'istituisce giudizio di purgazione. Onde, in applicazione di

questo principio, se nel contratto di vendita siasi convenuto una parte del prezzo vada compensata col precedente debito dell'alienante verso l'acquirente, questi, volendo purgare, deve pur sempre offrire tutto il prezzo dell'immobile, senza alcuna deduzione; la compensazione non potendo aver luogo che pel credito, di cui per avventura egli fosse rivestito contro gli stessi creditori ipotecarii dell'alienante, iscritti sull'immobile da lui acquistato.

10. Nulla dice la legge circa la *capacità giuridica* necessaria nel terzo possessore per istituire il giudizio di purga. Ma se si considera, che mercè l'offerta del prezzo, o del valore dichiarato dell'immobile, egli si obbliga personalmente, sino a debita concorrenza, verso i creditori iscritti, è facile comprendere come per purgare occorra la capacità per obbligarsi. Epperò, benchè per una ragione diversa, non possono purgare, senza le forme richieste per gli atti degl'incapaci, quelle stesse persone, le quali, senza le stesse forme, non possono rilasciare l'immobile a termine dell'art. 2016.

Lezione Trentesimottava

Sommario: Effetti dell'*offerta* del terzo possessore. — Diritto dei creditori iscritti di promuovere la *vendita agl'incanti* contro l'offerta di purga del terzo possessore. — *Forme* e *condizioni* della richiesta di vendita agl'incanti.

1. Fatta l'offerta con le notificazioni di cui negli art. 2043 e 2044, o che i creditori tutti dichiarino subito di contentarsene per abbreviare i termini del giudizio di graduazione, o che lascino trascorrere i quaranta giorni dalle dette notificazioni, senza dimandare la vendita agl'incanti in conformità dell'art. 2045; il valore dell'immobile rimane definitivamente stabilito nel prezzo stipulato o dichiarato dall'acquirente, e su di esso si apre la graduazione. Ed allora,

fatta la collocazione, l'immobile resta immediatamente liberato dalle ipoteche relative ai crediti, che non trovano capienza su quel prezzo; e dalle altre ipoteche utilmente collocate man mano che l'acquirente paghi i rispettivi creditori, o faccia in lor favore il deposito nei modi indicati dal Codice di proc. civ. (art. 2046). L'effettiva cancellazione delle iscrizioni poi sarà eseguita a termine degli art. 719 e seg. del detto Codice di proc. civ.

Di guisa che il giudizio di purgazione costituisce un mezzo speciale di estinzione della ipoteca, indipendentemente dalla estinzione del credito cui essa si riferisce; in quanto le ipoteche rimaste incapienti sulla somma dovuta dall'acquirente si estinguono, mentre sopravvivono a carico del debitore i crediti che esse garentivano. Ed è in questo senso appunto, che fra le cause dirette dell'estinzione delle ipoteche, oltre cioè la causa indiretta nascente dall'estinzione dell'obbligazione, di cui nel n. 1, l'art. 2029, n. 4, annovera il *pagamento dell'intiero prezzo nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione;* giudizio di graduazione che ha luogo, tanto sul prezzo di aggiudicazione nella vendita agl'incanti, quanto sul prezzo offerto dall'acquirente nel procedimento della purga. Ritorneremo a suo luogo sull'argomento.

2. S'intende già, che ove l'acquirente abbia egli stesso costituito delle ipoteche a favore dei proprii creditori sull'immobile acquistato, come ne ha il diritto per esserne proprietario, coteste iscrizioni rimangano ferme, dopo il pagamento dei creditori del precedente proprietario, rispetto ai quali soltanto è istituito ed ha ragione di essere il giudizio di purgazione, ammesso che eglino accettino l'offerta dell'acquirente. Che se invece essi promuovano la vendita dell'immobile contro l'acquirente a termine dell'art. 2045, in tal caso anche i suoi particolari creditori hanno diritto d'intervenire nel giudizio di graduazione, per essere collocati sul prezzo della vendita agl'incanti secondo l'ordine delle loro iscrizioni, ove vi sia un sopravanzo dopo il pagamento dei creditori del precedente proprietario, le cui iscrizioni sono naturalmente anteriori. Quando costoro promuovono la vendita, non accettando l'offerta dell'acquirente, avviene l'espropria-

zione dell'immobile, che esce dalle mani dell'acquirente; ed allora tutti i creditori iscritti devono poter far valere le loro ipoteche, le quali si estinguono in seguito all'aggiudicazione ed al pagamento del prezzo da parte del deliberatario (art. 716 e seg. Cod. proc. civ. e art. 2050 cap. e 2029, n. 4, Cod. civ.). Ragione per cui, se deliberatario dell'immobile, messo in vendita a termine dell'art. 2045, sia lo stesso acquirente (art. 2050), le ipoteche dei suoi particolari creditori restano ferme, trovino o non trovino capienza sul prezzo di aggiudicazione, quando i loro crediti non siano ancora esigibili; perocchè in tal caso essi tornano in quella medesima posizione in cui si sarebbero trovati, se i creditori del precedente proprietario non avessero promosso la vendita e si fossero pagati sul prezzo loro offerto dall'acquirente.

3. Dicevamo che il fondamento di diritto e di giustizia della facoltà della purga, concessa al terzo possessore, trovava il suo complemento nel diritto dei creditori ipotecarii di non tenersi paghi della sua offerta, e di promuovere invece quella *vendita agl'incanti*, che costituisce l'oggetto ed il contenuto della loro garentia, intenta a trarre dall'immobile ipotecato il maggior possibile valore pecuniario, sul quale soddisfarsi delle proprie ragioni. Se i creditori dovessero lor malgrado accettare l'offerta del prezzo dell'immobile stipulato dall'acquirente nel suo contratto, e del valore da lui liberamente dichiarato, sarebbero assai spesso vittime del suo egoismo, o della sua collusione col debitore. Ma d'altra parte, la legge, non dovendo mai presumere la mala fede di alcuno, non poteva lasciare ai creditori una libertà incondizionata di promuovere la vendita dell'immobile ad essi ipotecato contro il terzo possessore, quando costui si fa loro innanzi con una proposta, che non vi è ragione di ritenere *a priori* ingiusta ed insidiosa. Inoltre la legge, se deve proteggere i diritti dei creditori, nemmeno ha da trascurare quelli del terzo possessore; e questi diritti li avrebbe completamente trascurati, se avesse lasciato ai creditori piena ed incondizionata libertà di promuovere la vendita dell'immobile contro di lui; perocchè essi, pur di tentare un possibile qualunque maggior profitto, senza alcuna responsabilità,

avrebbero sempre insistito per la subastazione, provocando spese e turbando interessi degni di riguardo, per poi in ultimo raccogliere niente di più di ciò che spontaneamente e con economico procedimento loro offeriva il terzo possessore; o soltanto tanto poco di più, che non valeva la pena di moltiplicare e prolungare litigi, cui la società è interessata a porre dei freni, anche con qualche sacrifizio dei privati cittadini. Epperò il legislatore ha fatto in modo, che mentre il terzo possessore, il quale voglia sul serio purgare l'immobile dalle ipoteche iscritte, sia egli stesso interessato a presentare un'offerta giusta, per non vedersela altrimenti respinta dai creditori; questi alla lor volta non possano respingerla capricciosamente, gravandoli di una responsabilità, la cui assunzione dimostri il fondamento e la ragionevolezza del loro rifiuto. Alludiamo in special modo alla condizione imposta ai creditori, che dimandano la vendita agli incanti: di obbligarsi ad aumentare o fare aumentare di un decimo il prezzo stipulato o dichiarato dall'acquirente, onde così acquistare essi stessi o fare acquistare l'immobile da un aggiudicatario per una maggior somma, che più largamente copra i crediti iscritti; e di fornire una cauzione per l'adempimento di tale obbligazione, almeno nei limiti di una somma che risponda al quinto dell'intero prezzo aumentato del suddetto decimo (art. 2045, n. 2 e 4).

4. Prima di vedere quali formalità e condizioni si devono adempiere per promuovere la vendita agl'incanti contro l'offerta del terzo possessore, osserviamo che questo diritto spetta a ciascun creditore separatamente, senza bisogno di un preventivo accordo con gli altri, perchè ciascun creditore ha diritto di salvaguardare i propri interessi, che da questo punto di vista restano distinti ed indipendenti gli uni dagli altri. È naturale che i creditori primi iscritti, i quali veggono di poter essere utilmente collocati sul prezzo offerto dall'acquirente, benchè evidentemente inferiore al reale valore dell'immobile, se ne accontentino e non addimandino la vendita agl'incanti; ma gli altri creditori invece hanno interesse di promuovere questa vendita, che loro procacci una maggior somma su cui trovare almeno una parziale collocazione; ed in questo loro interesse si fonda il loro

diritto. Onde l'art. 2045 nel suo primo comma dice appunto che *qualunque* dei creditori iscritti, adempiendo alle condizioni ivi indicate, ha diritto di far vendere i beni all'incanto. Diciamo che qualunque dei creditori iscritti, e regolarmente iscritti, il quale vegga di non poter essere collocato, nè in tutto, nè in parte, sul prezzo offerto dall'acquirente, possa instare per la vendita, in quanto vi ha interesse; e questo interesse non lo si può contestare pel solo motivo che i crediti primi iscritti, i cui titolari accettino l'offerta, siano tali da assorbire essi stessi l'aumento del decimo portato dal creditore rincarante, o il prezzo finale di aggiudicazione che presumibilmente si possa ritrarre dagl'incanti. Perocchè la sorte dell'asta non può determinarsi *a priori*, e perchè l'accettazione dell'offerta da parte dei creditori primi iscritti, i quali nemmeno vi trovino una integrale collocazione, di fronte ad una maggiore offerta di un altro creditore che ne assume la responsabilità, è indizio di una collusione o di un errore, del cui scoprimento non può chiudersi la via ed il mezzo più opportuno, qual è l'esperimento della subastazione.

Ma appunto per mancanza d'interesse noi crediamo che non possa promuovere la vendita, a termine dell'art. 2045, il creditore iscritto il quale trovi un utile collocazione sul prezzo offerto dall'acquirente, ve la trovino o non ve la trovino gli altri, di cui egli non è il rappresentante, meno quando non agisca con l'animo di una *negotiorum gestio*. L'espressione perciò di « qualunque creditore iscritto », adoperata dall'art. 2045, va intesa con quel limite ch'è inerente allo scopo ed all'oggetto stesso dell'istituto della purga; se non si voglia andare incontro, per un'altra via, a quegl'inconvenienti ed abusi dell'esercizio dei proprii diritti, che il legislatore cercava sapientemente prevenire, mercè le cautele e le condizioni di cui voleva accompagnata la facoltà di maggiore offerta dei creditori iscritti.

5. Ma d'altra parte, codesta stessa espressione « qualunqne creditore iscritto », non limitata da un principio di diritto che vi contraddica, risolve il dubbio, in senso affermativo, della facoltà che spetti al creditore *sub conditione* di promuovere la vendita all'incanto. Come per un credito condizionale può essere costituita ed iscritta

un'ipoteca puramente e semplicemente, così questa ipoteca deve poter produrre tutti gli effetti, che produrrebbe se costituita ed iscritta per un credito puro e semplice, in quanto essi non abbiano un rapporto diretto con la modalità della obbligazione. Il creditore condizionale, al pari del creditore puro e semplice, ha interesse che il prezzo dell'immobile ipotecato sia portato a quella maggior somma, che meglio procacci la sua collocazione; epperò ha il diritto di promuovere la vendita all'incanto, che dia un prezzo superiore a quello offerto dall'acquirente. Non importa che il creditore condizionale non possa essere soddisfatto su questo maggior prezzo prima dell'avveramento della condizione; perocchè intanto egli vi si avrà assicurato una utile collocazione, che altrimenti gli sarebbe mancata sul solo prezzo dall'acquirente; collocazione che gliene garantisce l'effettivo pagamento, pel caso in cui un giorno, in seguito all'avveramento della condizione, il suo credito diventi certo ed esigibile (art. ed arg. art. 2091). Insomma il creditore condizionale, promuovendo la vendita, esercita uno di quegli atti conservativi che la legge gli riconosce anche a norma dell'art. 1171. Pel creditore a termine poi il dubbio non ha nemmeno ragione di essere, perchè, fra l'altro, all'apertura del giudizio di graduazione, cui dà luogo l'offerta del terzo possessore, i crediti a termine diventano esigibili; e quindi i loro titolari si trovano nella identica posizione degli altri, i cui crediti erano già esigibili in quel tempo (art. 2090).

6. Per espressa disposizione dell'art. 2045 il *fideiussore* del creditore, che avrebbe potuto dimandare la vendita all'incanto, può promuoverla per suo conto, vedendola trascurata dall'altro. Di fatti, egli ha un interesse perchè il creditore trovi sul prezzo dell'immobile del debitore la più larga collocazione possibile; in quanto che, come garante, è responsabile personalmente del tanto di meno, che il creditore consegue dai beni del debitore. Ma la legge ha dovuto dirlo espressamente; perchè il fideiussore, sino a quando non ha pagato in luogo del debitore, non ha qualità per esercitare i diritti del creditore, nei quali egli è surrogato soltanto in seguito al suo pagamento (art. 1916 e 1253, n. 3). Invece discende dai principii generali, che i

cessionari, i *creditori surrogati* ed i *creditori pignoratizi dei crediti ipotecarii iscritti*, di cui nell'art. 1994, possano promuovere la vendita all'incanto contro l'offerta del terzo possessore; essendo essi medesimi investiti di quelle ipoteche che l'acquirente vuol purgare, ed essendosi loro dovute fare le notificazioni, di cui negli art. 2043 e 2044 (art. 1994). Non vi è dubbio che anche il *creditore chirografario del creditore iscritto* abbia la facoltà di maggiore offerta, come esercente i diritti di costui (art. 1234).

7. In quanto alla *capacità giuridica* del creditore che dimanda la vendita agl'incanti, tutto dipende dallo stabilire la natura dell'atto che egli compie. Noi abbiamo detto poco innanzi che il creditore condizionale, promuovendo la vendita fa un atto di conservazione; ma con questo non abbiamo affatto voluto affermare che la richiesta della subastazione sia un atto meramente conservativo, dell'indole per esempio di una accensione d'iscrizione, cui è abilitato il minore, l'interdetto e qualunque altro incapace (art. 1982 e 1983). Promuovendosi la vendita, contro l'offerta del terzo possessore, si cerca di tutelare meglio i proprii interessi, e da questo punto di vista abbiamo un atto di conservazione e buona amministrazione dei propri diritti; ma d'altra parte, per promuovere la vendita occorre assumere l'obbligazione di aumentare o fare aumentare il prezzo offerto, e da questo punto di vista abbiamo un atto di disposizione del nostro patrimonio, pel quale occorre la debita capacità. Epperò è da ritenere che la stessa capacità giuridica, la quale si richiede nel terzo possessore per fare l'offerta di purgazione, si richiede nei creditori iscritti per fare la maggiore offerta, come base della messa in vendita agl'incanti dell'immobile ipotecato; la capacità giuridica cioè per contrarre obbligazioni e per stare in giudizio.

8. Le forme e le condizioni che deve adempiere il richiedente della vendita all'incanto sono così determinate nell'art. 2045:

1° Entro il termine di quaranta giorni dalle notificazioni ed inscrizioni di cui negli art. 2043 e 2044, egli deve *notificare* la sua richiesta al terzo possessore offerente ed al suo autore; il quale può

anche essere una persona diversa dal debitore, sia quando abbiano avuto luogo diverse successive trasmissioni di proprietà dell'immobile, sia quando il terzo possessore offerente abbia acquistato l'immobile dal terzo datore d'ipoteca; nei quali casi la richiesta di vendita dev'essere notificata a tutte coteste persone, perchè tutte interessate ad averne cognizione; onde la legge parla appunto del *nuovo* e del *precedente proprietario* dell'immobile, espressioni più larghe che quelle di terzo possessore e di debitore. Riconoscendo noi il diritto di purga al terzo datore d'ipoteca, s'intende come in questo caso la notificazione non possa esser fatta ad un precedente proprietario che manca, e va perciò limitata al terzo datore d'ipoteca offerente ed al debitore dell'obbligazione ipotecaria. Il termine di quaranta giorni è perentorio, come tutti gli altri termini stabiliti per le formalità del giudizio di purga (art. 2047); e siccome esso decorre dalla inserzione nel giornale degli annunzi giudiziari, di cui nell'art. 2044, inserzione che costituisce un atto unico per tutte le diverse notificazioni di cui nell'art. 2043, così quel termine decorre contemporaneamente per tutti i creditori iscritti. La richiesta di vendita all'incanto sarà notificata per mezzo d'usciere al terzo possessore offerente, nel domicilio da lui eletto a norma dell'art. 2044 per il maggior comodo dei creditori; che, in mancanza, faranno le loro notificazioni nell'uffizio della conservazione delle ipoteche.

2° La richiesta di vendita all'incanto deve contenere l'obbligazione del richiedente di *aumentare, o fare aumentare, di un decimo* il prezzo di offerta del possessore, che ha istituito il giudizio di purgazione; in guisa che se nella subastazione non è fatta da altri una offerta, che raggiunga il prezzo offerto dal terzo possessore aumentato di quel decimo, è dichiarato compratore lo stesso creditore per la suindicata somma (art. 736 Cod. proc. civ.).

3° L'originale e le copie della richiesta devono essere *sottoscritti dal richiedente*, o dal suo procuratore munito di *mandato speciale*. E questa procura speciale dimostra vieppiù, come sopra osservavamo, che la richiesta di vendita agl'incanti contro l'offerta del terzo possessore costituisca un atto di disposizione, per gli atti di semplice amministrazione bastando un mandato concepito in ter-

mini generali (art. 1740), e per gli atti ordinari del giudizio bastando il mandato generale *ad lites.*

4° Il richiedente deve offrire una *cauzione* di un valore eguale al quinto del prezzo offerto dal terzo possessore, aumentato del decimo da lui stesso offerto a norma del n. 2. Scopo di questa cauzione è di assicurare sempre più preventivamente la serietà della richiesta di vendita all'incanto, onde il creditore non la provochi per azzardo, quando in caso di sua insolvibilità non si tratterrebbe dall'assumere l'impegno dell'aumento del decimo, pur di tentare la subastazione, sapendo di non poter essere costretto a soddisfarlo. La cauzione poi è mantenuta entro quei limiti, i quali assicurino gli altri creditori che, restando aggiudicatario il rincarante, e questi non pagando il prezzo, vi sia già una somma, la quale colmi la differenza fra il prezzo offerto dal terzo possessore, e quello minore che si trarrebbe dalla rivendita contro il creditore rincarante rimasto aggiudicatario, e copra anche le spese cui egli ha dato luogo. Costringere il creditore rincarante a dare cauzione per tutto l'ammontare del prezzo offerto dal terzo possessore, aumentato dal decimo, sarebbe stato un eccesso, rivolto a paralizzare il più delle volte il suo diritto di promuovere la vendita all'incanto, e di nessun vantaggio per gli altri creditori; i quali trovano sempre nel valore stesso dell'immobile la garentia del prezzo offerto dall'acquirente, o della maggior parte di questo prezzo.

La cauzione da prestarsi può essere una fideiussione, un pegno, un deposito, un'ipoteca, a termine degli art. 1921 e 1922 Cod. civ., 329, 330 e 731 Cod. proc. civ.

5° La richiesta di vendita sarà fatta con *citazione* alle parti interessate sopra indicate a comparire innanzi al Tribunale, per sentir pronunziare, così sull'ammissibilità dell'incanto, come sulla idoneità della cauzione. Si osserveranno del resto le forme ed i termini stabiliti negli art. 730 e seg. proc. civ.

E dichiara in ultimo l'art. 2045, che l'omissione di alcuna delle condizioni, da esso indicate per la richiesta di vendita all'incanto, ne produce la nullità; essendo esse tutte sostanziali ed indispensabili, per la ragione stessa del loro contenuto, alla validità dell'atto che si propone e si vuol portare a compimento.

9. A proposito della quale nullità osserviamo, che se essa è *indivisibile*, secondo il linguaggio di alcuni scrittori, per noi non lo è che in un senso relativo. Tutte le condizioni indicate nell'art. 2045 devono essere adempite, in guisa che l'omissione di alcuna equivale ad omissione di tutte; e di più, promossa la nullità da una delle parti interessate, essa opera riguardo a tutte le altre. Abbiamo dunque una indivisibilità obbiettiva. Ma non possiamo ammettere che qualunque delle persone, le quali intervengano nel giudizio di vendita all'incanto, abbiano il diritto di eccepire la nullità della richiesta, per la omissione o la irregolarità di una delle condizioni indicate nell'art. 2045 la quale non concerna affatto il suo interesse. Perocchè è principio generale di diritto, cui nel caso nostro non troviamo un'espressa derogazione della legge, che, ove non trattisi di nullità di ordine pubblico, la nullità di un atto non può dedursi se non da quegli, nel cui interesse cotesto atto debba esser rivestito di certe forme. Nel giudizio di purgazione e di richiesta di vendita all'incanto sono in giuoco dei privati interessi, e quindi la nullità dei relativi atti è anche di privato interesse. Epperò, come mai, per esempio, gli altri creditori, diversi dal richiedente la vendita, vorrebbero opporre la nullità della richiesta, sol perchè questa non è stata regolarmente notificata al terzo possessore o al precedente proprietario, quando costoro, che sono gl'interessati alla regolarità di quella notificazione, ne scusano la nullità, comparendo in giudizio e non eccependola? Come il creditore richiedente la vendita vorrebbe egli stesso opporre la nullità, per la irregolarità della cauzione che deve prestare, o per la mancanza dell'aumento del decimo cui deve obbligarsi, quando siffatte condizioni riguardano l'interesse del terzo possessore, del precedente proprietario e degli altri creditori che forse da principio non volevano la vendita? Quindi da questo secondo punto di vista, la nullità, di cui nell'ultimo comma dell'art. 2045, non è affatto indivisibile, e può essere opposta da tutte o da alcuna soltanto delle diverse parti interessate, secondo la particolar natura dell'atto cui essa nullità si riferisce.

Lezione Trentesimanona

Sommario: Della *desistenza* dalla richiesta di vendita all'incanto. — Effetti della messa in vendita dell'immobile *contro l'offerta di purga del terzo possessore:* sua assimilazione alla messa in vendita *per espropriazione forzata* promossa ad iniziativa dei creditori ipotecarii. — Applicazioni del principio.

1. Benchè la richiesta di vendita all'incanto sia un diritto ed un atto individuale di libero esercizio di ciascun creditore iscritto, nondimeno, promossa regolarmente da uno giova a tutti gli altri, in quanto questi, malgrado il loro silenzio riguardo all'offerta del terzo possessore, verranno collocati, secondo l'ordine delle loro iscrizioni, sul prezzo che si ricaverà dalla vendita, per la quale l'altro soltanto ha agito a termine dell'art. 2045. La legge presume e riconosce valida l'adesione tacita di tutti i creditori alla richiesta di vendita promossa da uno di essi, per non costringerli a ripetere ciascuno il medesimo atto, tendente ad un solo e medesimo scopo, la subastazione, provocando così spese affatto inutili, e ch'è nell'interesse di tutti evitare il meglio ed il più che si può.

L'art. 2051 contiene una disposizione, la quale, non potendo altrimenti spiegarsi che come un'applicazione del detto principio, ne dimostra al tempo stesso la verità e l'esattezza. Esso dichiara, che « la *desistenza* del creditore, il quale ha richiesto l'incanto, non può impedire la subastazione, quantunque egli pagasse l'importare dell'offerto aumento, eccetto che alla desistenza annuissero tutti gli altri creditori iscritti »; tutti gli altri creditori iscritti, cioè, che non avessero richiesto in loro nome la vendita a termine dell'art. 2045. Di fatti, questi possono sostenere, che in tanto essi si sono astenuti dal chiedere espressamente la vendita, in quanto l'hanno vista promossa da un altro, e sapendo di poter profittare della sua istanza; onde non dev'essere lecito a costui, desistendo dalla sua richiesta, di pri-

varli del beneficio della subastazione, da essi pur voluta; quando poi, essendo trascorsi i termini, gli altri creditori non potrebbero nemmeno rinnovare, per loro conto, la istanza di vendita a norma dell'art. 2045. Ma anche quando si sia ancora in tempo per tale istanza, da parte dei creditori che non l'abbiano fatta, la desistenza del creditore rincarante ad essi notificata non li priva del diritto di proseguire la subastazione sulla base della sua prima richiesta, ove essi non acconsentano espressamente; perchè la legge vuole evitare le spese di nuove notificazioni e prestazioni di cauzione, cui si andrebbe necessariamente incontro, se gli altri creditori dovessero riproporre la istanza, già bell'e compiuta dal creditore, che oggi vorrebbe ritirarla. Epperò, a termine dell'art. 735 del Cod. proc. civ. ha luogo la *surrogazione* degli altri creditori nella istanza abbandonata dal creditore richiedente.

È giusto anche che la desistenza del creditore, il quale prima ha richiesto l'incanto, non possa impedire la subastazione nell'interesse degli altri creditori, nemmeno offrendo egli di pagare il decimo o la maggior somma da lui aumentata sul prezzo offerto dal terzo possessore; perocchè cotesti altri creditori hanno sempre interesse e diritto di sperimentare gl'incanti, dai quali possono trarre anche un maggior profitto, che non sia quel prezzo aumentato del decimo o di altra somma. E discende dal medesimo principio e dalle premesse considerazioni, che malgrado il terzo possessore disinteressi il creditore rincarante, pagandogli tutto quello che gli è dovuto, non per questo arresterà la subastazione di fronte agli altri creditori, che non l'avevano dimandata espressamente in loro nome. Perocchè questi, in seguito alla richiesta di vendita promossa da quel creditore, ne avevano per loro conto quesito il diritto; e di cui non potrebbero essere privati per la circostanza, a lor riguardo del tutto indifferente, che il creditore rincarante non fosse più in condizione di fare ciò che nel caso precedente non aveva volontà di fare, proseguire cioè in suo nome gli atti per la vendita da lui iniziata.

2. Alla validità della desistenza dunque del creditore rincarante, per impedire la subastazione, occorre l'annuenza di tutti gli

altri creditori iscritti. Ma sarà anche necessaria quella dello stesso terzo possessore? Noi non lo crediamo; ma non per il motivo che si suole comunemente addurre, di non avere cioè il terzo possessore qualità ed interesse per opporsi alla desistenza dei creditori dalla incoata subastazione. Ordinariamente è così, perchè l'acquirente, che spontaneamente offre di pagare il prezzo per purgare l'immobile di tutte le ipoteche che vi gravitano, fa l'offerta col desiderio di vederla accettata e non già respinta; epperò, quando i creditori desistono dalla loro richiesta di vendita, assecondano quel suo primo desiderio, che non vi è ragione di ritenere in lui cessato per un semplice decorso di maggior tempo. Ma in fatto può avvenire appunto, che per sopraggiunte circostanze egli, pentito del suo acquisto e della sua offerta, se ne voglia liberare, lasciandosi espropriare dello immobile, e nella vendita forzata del quale anzi ravvisa un guadagno; o perchè, aggiudicandosi l'immobile per un prezzo minore di quello da lui offerto, profitta della differenza; o perchè, aggiudicandosi per un prezzo maggiore, può esservi un sopravvanzo che tocchi a lui medesimo (art. 2092), come fra poco dimostreremo; realizzando così un valore pecuniario, che gli faccia più comodo della proprietà di un immobile, che forse egli non può conservare se non con gravi sacrifizii di nuovi debiti, necessari a pagare i vecchi creditori iscritti. In tali contingenze dunque il terzo possessore avrebbe interesse d'insistere egli medesimo per la subastazione; e su questo interesse dovrebbe poter basare il suo diritto, profittando della circostanza che i creditori con la loro prima richiesta d'incanto avevano tacitamente respinta la sua offerta, prosciogliendonelo dall'adempimento, a cui perciò non potrebb'essere nuovamente obbligato senza una sua nuova prestazione di consenso, annuendo cioè egli stesso alla desistenza dei creditori dalla promossa subastazione. Ma noi già osservavamo, che cotesti concetti di proposta e di accettazione contrattuali non sono applicabili in materia di un procedimento giudiziale, che la legge disciplina con diversi speciali criterii. È tanto vero che in seguito alla stessa richiesta di vendita contro l'offerta del terzo possessore questi non si trovi più nella medesima posizione, in cui si trovava prima d'istituire il giudizio di purga, prima cioè di aver fatto la sua

offerta, che egli non può più rilasciare l'immobile come lo poteva rilasciar prima, la subastazione avendo luogo contro di lui e non contro uno speciale amministratore, di cui nell'art. 2019. L'offerta dunque, una volta fatta, accettata o non accettata dai creditori, il suo effetto lo produce sempre rispetto al terzo possessore, o obbligandolo personalmente nei limiti di essa, o privandolo della facoltà del rilascio.

E così la legge ha voluto dare a cotesta offerta un altro effetto, quello cioè della sua irretrattabilità, anche quando, dopo essersi promossa la vendita, i creditori ne desistano per attaccarsi alla prima proposta dell'acquirente. Diciamo che la legge *lo ha voluto*, perchè nell'art. 2051 alla validità della desistenza dalla subastazione ha richiesto il solo concorso di tutti i creditori, e non pure quello del terzo possessore; l'argomento *a contrario* poi avendo tanto maggior valore, in quanto completa l'organizzazione del giudizio di purga, che la legge ha creduto disciplinare con positive disposizioni, più o meno derogando ai principii generali di diritto.

A tutto questo non si oppone affatto la facoltà, che ha lo stesso terzo possessore d'insistere per gli atti della vendita, quando il creditore rincarante trascuri di proseguire il giudizio, a termine dell'articolo 735 Cod. proc. civ. Qui la legge suppone che, o non vi sia vera e propria desistenza da parte del creditore richiedente, o che, pure essendovi, gli altri creditori possano e vogliano essi portare a termine la subastazione, ma che intanto non ancora si muovano; nel qual caso il terzo possessore, per non rimanere più a lungo nella incertezza della sua posizione, deve giustamente avere il diritto di espletare la procedura, facendosi a tale oggetto *surrogare* nella istanza del creditore richiedente. Ma se questi dichiari di desistere dalla sua richiesta, e gli altri creditori vi annuiscano, non trova più applicazione riguardo al terzo possessore il disposto del citato art. 735.

3. La richiesta di vendita fatta da uno dei creditori iscritti giova agli altri, in quanto sia valida e regolare; perchè se nulla, com'è improduttiva di effetti rispetto al suo autore, così lo sarà

anche rispetto agli altri, che vogliono avvalersi del suo operato. La legge fa un'applicazione speciale di questi principii nella ipotesi contemplata dall'art. 734 del Cod. proc. civ., secondo il quale, ove il richiedente non comparisca all'udienza stabilita nell'atto di citazione, o la cauzione non sia ammessa, o non siasi assunta l'obbligazione relativa nel modo e termini indicati nell'art. 731 proc. civ., *la richiesta d'incanto è nulla di diritto*, senza pregiudizio delle ragioni di altri creditori, *che avessero fatto altra richiesta d'incanto a termini del Codice civile* (art. 2045); perchè, ove questa richiesta per loro conto non sussistesse, tutti i creditori s'intenderebbero decaduti dal diritto di procedere alla subastazione, e resterebbe ferma l'offerta dell'acquirente a termine dell'art. 2046.

Ciò non contraddice affatto al principio che il creditore, il quale ha richiesto la vendita, non possa con la sua desistenza impedire la subastazione, senza l'espresso consenso di tutti gli altri creditori che non hanno agito; perchè altra cosa è la *nullità* della richiesta, ed altra la *desistenza* dalla medesima. La desistenza suppone la validità e regolarità della richiesta, la quale è a tal titolo che si considera acquisita anche agli altri creditori; e questa regolarità consiste nell'adempimento delle forme e condizioni, di cui negli articoli 2045 Cod. civ. e 730 e 731 Cod. proc. civ. Epperò, se dopo questa regolare e compiuta richiesta di vendita il creditore richiedente l'abbandoni espressamente, o tacitamente non proseguendo gli atti per la vendita, gli altri creditori possono dimandare di essergli *surrogati*, onde, sulla base della sua istanza e della sua cauzione, portare essi a compimento la subastazione (art. 735 Cod. proc. civ.). Che se anzi negli incanti non sia fatta un'offerta maggiore, lo stesso creditore, che prima aveva richiesto la vendita, e poi volle desisterne, provocando la surrogazione degli altri creditori, è dichiarato compratore, e per il prezzo da lui offerto con la sua abbandonata richiesta (art. 736 proc. civ.). Ed è in questo senso che l'art. 2051 richiede l'annuenza di tutti gli altri creditori alla desistenza di quegli che ha provocato la vendita, onde impedire la subastazione. Ma quando invece il creditore non ha regolarizzato la sua richiesta di vendita, e ne provochi così la nullità, gli altri imputino

a loro stessi se non hanno preveduto questa possibilità, mettendosi in regola a tempo debito con la procedura per loro conto; da una parte, non potendo essi pretendere che il creditore, il quale ha manifestato una prima intenzione di vendita, vi persista nel loro interesse; e dall'altra parte, il terzo possessore non dovendo rimanere in uno stato d'incertezza per più lungo tempo, che non sia quello perentorio stabilito dalla legge, agiscano per la vendita uno, o più, o tutti i creditori iscritti.

È bene inteso però, che come il creditore richiedente può riparare alla nullità della sua richiesta, ove ne sia in tempo, ripetendone e completandone i relativi atti, facendolo anche a vantaggio degli altri creditori; così questi possono, sempre che gli originarii termini di legge lo consentano, promuovere per conto loro la richiesta di vendita all'incanto, che non avevano promosso prima per aver visto la richiesta dell'altro, dalle conseguenze della nullità della quale ora vogliono mettersi al riparo, agendo in loro nome.

4. Pronunziato che avrà il Tribunale sull'ammissibilità della richiesta di vendita, e sulla idoneità della cauzione di cui nel n. 4 dell'art. 2045, si procederà agl'incanti nel modo stabilito per l'ordinaria espropriazione forzata immobiliare (articoli 2048 Cod. civile, 732, 733 e 740 Cod. proc. civile). È di somma importanza intanto determinare e stabilire la razionale identità della posizione giuridica del terzo possessore, così di fronte alla vendita dell'immobile richiesta dai creditori contro la sua offerta di purga, come di fronte alla vendita dell'immobile promossa direttamente dai creditori per ordinaria espropriazione forzata; e sia questa diretta contro di lui personalmente, sia invece diretta contro lo speciale amministratore, nominato dal tribunale in seguito al rilascio dell'immobile. Di fatti, in tutti e tre questi casi è sempre l'*evizione* dell'immobile che il terzo possessore subisce, e la subisce sempre per effetto della identica azione reale ipotecaria dei creditori. Le diverse fasi e forme procedurali che preparano questo finale e sostanziale risultato hanno un valore tutt'affatto secondario, e per la stessa natura del loro contenuto non possono in veruna guisa alterare la posizione di diritto,

in cui da ultimo si trova ad essere collocato il terzo possessore. Cosa importa che nella vendita promossa dai creditori per ordinaria espropriazione forzata si ha per base di prezzo d'incanto il valore di stima dell'immobile, o quello che risulta dagli altri criteri indicati nell'art. 663 Cod. proc. civile; mentre nella vendita richiesta dai creditori sull'offerta di purga del terzo possessore cotesta base di prezzo d'incanto è l'offerta medesima, aumentata del decimo, a termini dell'art. 2045 Codice civile? Superato questo primo punto, non è forse vero che i creditori ipotecari rincaranti agiscono contro il terzo possessore per quella stessa vendita dell' immobile agli incanti, per la quale essi avrebbero egualmente contro di lui potuto agire, se nessuna offerta di purga loro fosse stata presentata? Cosa importa che gli atti della espropriazione saranno diretti *pro forma* contro la persona di uno speciale amministratore nominato all'immobile in seguito al rilascio fattone dal terzo possessore, invece che contro la stessa persona di costui? Non è forse sempre *in danno effettivo del terzo possessore* che ha luogo la vendita dell'immobile agl' incanti?

. Il terzo possessore dunque, così prima come dopo la vendita dell'immobile *seguìta contro la sua offerta di purga*, si trova nella identica posizione in cui si sarebbe trovato, così prima come dopo la vendita dell'immobile *seguìta per espropriazione forzata*, diretta o contro di lui medesimo, o contro l'amministratore speciale nominato in seguito al rilascio. E quindi, sino al momento dell'aggiudicazione dell' immobile il terzo possessore ne resta proprietario; e non è che da tal momento che egli cessa di esserlo. Invece, si vorrebbe da taluno ravvisare nell'aggiudicazione dell'immobile, messo agli incanti contro l'offerta di purga del terzo possessore, una vera e propria *risoluzione ex tunc* del suo titolo di acquisto; in modo che cotesto terzo possessore si avesse a considerare come se mai fosse stato proprietario dell'immobile da lui acquistato, ed il quale immobile perciò si avesse a ritener trasmesso all'aggiudicatario direttamente dal precedente proprietario, cioè dal debitore, che vi aveva costituito l'ipoteca, con tutte le gravissime conseguenze che deriverebbero logicamente e direttamente dall'applicazione di tal principio.

Ora, è precisamente riguardo a tal punto che noi diciamo essere impossibile introdurre una differenza fra l'aggiudicazione, la quale chiude la vendita dell'immobile all'incanto promossa per ordinaria espropriazione forzata, e l'aggiudicazione, la quale chiude la vendita all'incanto dello stesso immobile, promossa con aumento di decimo sull'offerta di purga del terzo possessore. Non solo non vi è alcun testo di legge, ma neanche alcun motivo o principio teorico e razionale per attribuire a questa seconda aggiudicazione un carattere ed una efficacia di *condizione risolutiva* del titolo di acquisto del terzo possessore. Ed in verità, è semplicemente un giuoco di parole il dire « che i creditori i quali procedono per via di espropriazione forzata riconoscono per ciò solo la proprietà del terzo possessore, mentre che, rincarando sulla sua offerta di purga, essi protestano contro il suo titolo di acquisto, allo scopo di farlo annullare e di sostituirgli un nuovo titolo, mercè cui l'immobile passerebbe direttamente dal debitore all'aggiudicatario! ». I creditori ipotecarii non hanno diritto a protestar di nulla; perchè il terzo possessore è proprietario in forza del suo titolo di acquisto, che gli proviene dall'alienante, il quale, nonostante l'ipoteca consentita sull'immobile, ne conservava piena e libera nelle sue mani la disposizione. I creditori ipotecarii altro diritto non hanno che quello di farsi pagare sul valore dell'immobile ad essi ipotecato, ed all'uopo loro spetta la facoltà di vendere all'incanto l'immobile contro il terzo possessore, così come lo venderebbero contro lo stesso lor debitore, se questi non lo avesse alienato. Ma si direbbe forse in tal caso *risoluto* il diritto di proprietà del debitore? Ora, salvo e soddisfatto egualmente l'interesse dei creditori ipotecarii mercè la vendita agl'incanti dell'immobile contro il terzo possessore, ed in qualunque modo contro di lui siffatta vendita abbia luogo, dove mai la si poggerebbe la retroattiva risoluzione del diritto di proprietà di cotesto terzo possessore? Di più, noi vedremo che all'acquirente spetta un ricorso in garentia contro l'alienante, quando egli è evitto dell'immobile per la vendita all'incanto chiesta dai creditori sulla sua offerta di purga; ammessa la risoluzione *ex tunc* del suo titolo di acquisto, d'onde mai gli potrebbe derivare un'azione in garentia

contro il suo autore, una volta che egli si avesse a considerare non essere stato mai proprietario dell'immobile, e del quale perciò sarebbe necessario supporre non aver mai egli sofferta l'evizione? E finalmente noi abbiamo l'art. 740 del Cod. di proc. civ., che dichiara espressamente: essere applicabili ai *giudizi di vendita e di graduazione*, che fanno seguito alla *istanza di purgazione*, le disposizioni contenute nel capo relativo al *giudizio di spropriazione promossa contro il debitore e contro il terzo possessore*, e nel capo relativo al *giudizio di graduazione*, che fa seguito a tal giudizio di espropriazione. Lo che vuol dire che gli effetti della vendita all'incanto sono identici rispetto alle parti interessate, sia che a quella vendita si giunga ad un modo, sia che vi si giunga ad un altro.

5. Esaminiamo le applicazioni ed i risultati pratici della controversia. La prima conseguenza del principio da noi stabilito è: che essendovi un sopravanzo del prezzo di aggiudicazione, dopo il pagamento dei creditori iscritti del precedente proprietario, esso è dovuto al terzo possessore evitto, e non ai creditori chirografari di quel precedente proprietario, così come nella ipotesi del rilascio dell'immobile, della quale ci occupammo nella Lezione XXXV (art. 2092). L'art. 2092, è vero, parla di terzo possessore *espropriato;* ma espropriato è realmente anche il terzo possessore, che ha cominciato con offrire un prezzo ai creditori ipotecari per conservare nelle sue mani l'immobile libero dalle loro ipoteche iscritte, e che non ha potuto raggiungere il suo scopo, perchè essi hanno creduto del loro interesse evincerlo dello immobile, vendendolo agl'incanti per ricavarne un maggior prezzo. Con qual titolo i creditori chirografari pretenderebbero essi quel sopravanzo? I beni alienati dal loro debitore sono per essi in ogni caso perduti definitivamente. Se l'acquirente deve ancora il prezzo all'alienante, i creditori chirografari vi hanno diritto, dopo i creditori privilegiati ed ipotecari; perchè il prezzo dovuto all'alienante, loro debitore, entra a formar parte dei beni di costui, i quali costituiscono la garentia di tutti i suoi creditori, salvo le cause legittime di prelazione (art. 1948 a 1950, e 1992). Ma il dippiù che si ricava dalla

vendita agl'incanti sul prezzo dello immobile dovuto dal terzo possessore all'alienante, e da lui offerto ai creditori ipotecarii, è un valore che non è dovuto all'alienante, appunto perchè da lui non stipulato; così come niente gli è dovuto quando ha alienato i beni a titolo gratuito; e se non è dovuto all'alienante, non può essere dovuto ai suoi creditori chirografari, che in tal caso lo rappresentano (art. 1234). Il giudizio di purgazione istituito dal terzo possessore resta estraneo ai creditori chirografarii, i quali perciò non possono in veruna guisa profittarne; e bene è stato osservato, che sarebbe una inesplicabile bizzarria rifiutare al terzo possessore, il quale mercè l'offerta di purga ha cercato evitare l'evizione di cui era minacciato, quel sopravanzo di prezzo, che non si esita punto ad accordare al terzo possessore, il quale ha rilasciato l'immobile, o se ne è lasciato espropriare, senza nulla fare per evitare tale evizione! Tutto questo è applicabile anche nel caso che l'acquirente, il quale ha istituito il giudizio di purgazione, resti egli stesso aggiudicatario dell'immobile a termini dell'art. 2052; essendo indifferente per i creditori chirografarii dell'alienante la persona che si porti compratore all'incanto. Il sopravanzo quindi del prezzo di aggiudicazione, dopo il pagamento dei creditori ipotecarii, sarà ritenuto dallo stesso terzo possessore, rimasto aggiudicatario; e lo imputerà nelle sue ragioni di regresso contro il proprio autore, delle quali parleremo in seguito (art. ed arg. art. 2052 e 2092).

6. Deriva dallo stesso principio, che le ipoteche costituite dal terzo possessore, evitto dell' immobile dai creditori ipotecarii rincaranti, sussistono e producono il loro effetto, non diversamente che le ipoteche costituite dal terzo possessore, il quale ha rilasciato l'immobile (articolo 2016, capoverso), secondo pur vedemmo nella Lezione XXXV. Di modo che i creditori ipotecarii dell'acquirente hanno diritto di essere collocati, secondo l'ordine delle loro iscrizioni, dopo i creditori ipotecarii dell'alienante, sul prezzo della vendita, la quale ha avuto luogo in seguito alla istanza di purgazione. Nè dal capoverso dell'art. 2016 può trarsi un argomento *a contrario*, per dire che la legge, non avendo ripetuta tale disposizione riguardo

alla vendita che fa seguito alla istanza di purga, abbia voluto limitarla alla vendita per espropriazione che fa seguito al rilascio dell'immobile. La disposizione anzi del capoverso dell'art. 2016 è *a fortiori* applicabile al caso della purga. Il legislatore dunque non ha avvertito il bisogno di ripetere quella disposizione, di cui la natura ed il contenuto è tale da doversene fare l'applicazione ogni qualvolta lo reclama la identità dei motivi. Perchè sussistono e producono il loro effetto le ipoteche costituite dal terzo possessore che ha rilasciato l'immobile, e che subisce l'espropriazione in seguito a tal rilascio? Perchè, *nonostante il rilascio*, egli resta proprietario dell'immobile sino all'aggiudicazione, e come proprietario ha potuto disporne, gravandolo d'ipoteche. Ora il terzo possessore, *che nemmeno abbandona il materiale possesso* di questo immobile, non ha da considerarsene *a fortiori*, come dicevamo, proprietario sino all'aggiudicazione, e quindi in diritto di costituirvi validamente delle ipoteche?

7. Le ipoteche dunque che il terzo possessore ha costituito sull'immobile a favore dei suoi creditori, sino al giorno che ne viene evitto per effetto della vendita richiesta dai creditori ipotecari dell'alienante contro la sua offerta di purga, producono il loro effetto, perchè validamente costituite dal proprietario dell'immobile; e non vi essendo una ragione speciale di loro risoluzione, così come certamente non si risolvono le ipoteche costituite dal proprietario, che poscia aliena volontariamente l'immobile ipotecato; e da questo punto di vista non esistendo differenza tra la vendita volontaria e la vendita giudiziale, le quali, appunto perchè operano un *trapasso* di proprietà, escludono il concetto di una *risoluzione* del diritto di proprietà del venditore. Ma se il terzo possessore si rende egli stesso compratore all'incanto a termine dell'art. 2050, crediamo che le ipoteche dei suoi particolari creditori, delle cui obbligazioni non sia ancora giunta la scadenza, non possono pretendere di essere collocate e soddisfatte *illico et immediate* sul sopravanzo del prezzo di aggiudicazione, che risulta dal pagamento dei creditori ipotecari dell'alienante; venendo a mancare la ragione per cui nei giudizi di gra-

duazione a norma dell'art. 2090 diventano esigibili i crediti a termine, quella cioè che l'aggiudicatario possa immediatamente veder libero da ogni vincolo l'immobile che acquista, e che resta così col pagamento del prezzo di aggiudicazione purgato *de jure* dalle ipoteche iscritte a carico dell'espropriato. Or quando è lo stesso espropriato l'aggiudicatario, questo non può volere contraddire al fatto proprio della costituzione delle sue obbligazioni e delle sue ipoteche; e d'altra parte anche i suoi creditori sono obbligati dal contratto, mentre il pagamento che il loro debitore fa delle ipoteche del suo alienante è a tutto loro profitto, in quanto l'immobile, purgato di quelle ipoteche, resta di loro esclusiva garentia, e le loro ipoteche guadagnano di grado, prendendo il posto di quelle soddisfatte.

8. Nella ipotesi che il terzo possessore si renda egli stesso aggiudicatario dell'immobile, l'art. 2050 lo dispensa espressamente dall'obbligo di trascrivere la sentenza di vendita, in conformità anche di quanto è disposto nel n. 4 dell'art. 1932. Vuolsi però osservare che il motivo di questa dispensa non è già che il terzo possessore si consideri, anche dopo l'aggiudicazione, proprietario dell'immobile in forza del suo primo titolo di acquisto, ch'era già stato trascritto, se soggetto a trascrizione, e non occorrendo perciò ripetere la pubblicità per lo *stesso atto;* ma quel motivo risiede nella speciale circostanza di non esservi una mutazione di proprietà da persona a persona, benchè vi sia realmente un *secondo titolo di acquisto* nella stessa persona, ed ai terzi essendo sufficiente conoscere soltanto che questa persona un titolo di acquisto lo abbia; notizia ch'essi desumono dal primo titolo, senza perciò che vi sia bisogno di dar pubblicità al secondo. E che realmente il terzo possessore, aggiudicatario dell'immobile, ne resti proprietario in virtù della sentenza di vendita, e non del suo originario titolo di acquisto, si rileva dal fatto, ch'egli ha regresso contro il suo alienante per il rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto ed offerto da principio ai creditori, e per il rimborso degl'interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento fatto ai creditori (art. 2052). Il qual regresso, ch'è *a titolo di garentìa*, suppone l'*evizione* del terzo possessore del

suo primo titolo di acquisto; il quale perciò cessa per dare adito al nuovo titolo di acquisto, ch'è la sentenza di vendita. Ritorneremo su questo punto, quando parleremo del complesso dei varii rapporti giuridici, che si stabiliscono fra le diverse parti interessate in seguito alla posizione prescelta dal terzo possessore, a norma degli art. 2013 e 2014, di fronte al diritto ipotecario dei creditori.



LEZIONE QUARANTESIMA



SOMMARIO: Del giudizio di purgazione nei casi speciali indicati dall'articolo 2053.

1. L'articolo 2053 del Codice civile, in fine della sezione X, relativa al *modo di liberare gl'immobili dalle ipoteche*, contempla alcuni casi particolari, nei quali le norme ordinarie per la offerta di purga del terzo possessore, e per la richiesta di vendita all'incanto dei creditori ipotecarii, stabilite negli art. 2043 a 2045, non sarebbero letteralmente applicabili. Onde la legge, per togliere di mezzo ogni dubbio e difficoltà, ha creduto opportuno regolarli con un testo speciale, di cui ci siamo anche noi riserbata per ultimo l'esplicazione.

Sulla casa del debitore sono iscritte ipoteche per l'ammontare di 50,000; egli vende la casa arredata e mobiliata come si trova, pel prezzo di 30,000. Se nel contratto di vendita è stato determinato distintamente il prezzo della fabbrica in 20,000, e quello dei mobili in 10,000, s'intende che il compratore, che vuol purgare la casa dalle ipoteche iscritte, non ha che da offrire il prezzo di 20,000; e sarà su questo prezzo che i creditori potranno fare l'aumento del decimo, ove crederanno del loro interesse insistere per la vendita all'incanto. È evidente come il prezzo della mobilia di 10,000 non debba essere offerto dal terzo possessore ai creditori ipotecarii

iscritti sulla casa, perchè su quel prezzo cotesti creditori non hanno alcun diritto, non rappresentando esso il valore dell'oggetto sul quale grava l'ipoteca; e l'acquirente non dovendo offrire se non quel valore, che i creditori ipotecarii potrebbero realizzare a lor profitto, espropriando l'*immobile* sottoposto alla loro speciale garentia. E se il terzo possessore non ha l'obbligo di offrire per la purga delle ipoteche iscritte sulla casa anche il prezzo della mobilia, neppure ne ha il diritto, sotto questi due punti di vista. Il prezzo della mobilia dovuto dall'acquirente entra nella massa dei beni dell'alienante, la quale costituisce la comune garentia di tutti i suoi creditori anche chirografarii, che perciò potrebbero opporsi alla offerta di quel prezzo ai creditori ipotecarii, se questi volessero esercitarvi la loro preferenza, come sul prezzo della fabbrica. E d'altra parte, quel creditore ipotecario, il quale vede di non trovare utile collocazione sul prezzo della fabbrica, e che perciò vuole richiedere la vendita all'incanto, ha diritto ed interesse di veder limitata l'offerta del terzo possessore a quel solo prezzo; perchè così l'obbligo della sua maggiore offerta e della cauzione, da prestare a termini dell'articolo 2045, sarà per lui meno gravoso, che non nel caso dell'offerta dell'acquirente estesa anche al prezzo della mobilia; prezzo del quale, come abbiamo detto, non potrebbe profittare, nella sua qualità di creditore ipotecario. Ed è in questo senso che il capoverso dell'art. 2053 dice: « il creditore maggiore offerente non potere in verun caso essere costretto ad estendere la sua offerta ai mobili ».

Nel contratto di vendita il prezzo di 30,000 è stato convenuto senza una speciale ripartizione pel valore della fabbrica e quello della mobilia. La situazione di diritto rispetto alla purga in questo caso non cambia; se non che sarà lo stesso acquirente quegli che col suo prudente arbitrio farà la ripartizione, ed offrirà ai creditori ipotecarii nelle sue notificazioni quella parte del prezzo stipulato di 30,000, la quale corrisponde al valore della sola fabbrica. Ed è in questo senso appunto che il primo comma dell'art. 2053 dispone: « nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse mobili ed immobili..... *alienati per un solo e medesimo prezzo*, o per prezzi distinti e separati..... il prezzo degli immobili..... sarà dichia-

rato nella notificazione dal nuovo proprietario, *ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo* »; perocchè ove i prezzi siano nello stesso contratto specificati per i diversi beni, non può essere il caso di un *ragguaglio.*

2. Perfettamente simile al caso precedente è quello, nel quale il titolo di acquisto del terzo possessore comprenda diversi immobili, alcuni ipotecati, ed altri liberi; e tanto se alienati per un solo e medesimo prezzo, quanto se per prezzi distinti e separati. L'acquirente non dovrà e non potrà offrire per la purga dei beni ipotecati che il prezzo ad essi relativo indicato nel contratto, o la parte dell'unico prezzo convenuto, la quale sarà da lui determinata come corrispondente al valore dei soli beni ipotecati, mercè il ragguaglio che ne farà sul prezzo totale espresso nel titolo e relativo anche agli altri beni non ipotecati (art. 2053).

3. Può accadere anche che il titolo di acquisto comprenda diversi immobili tutti ipotecati, ma ipotecati per la garentia di diversi crediti e di diversi creditori, alienati per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati. Cominciamo col premettere che in questo caso il terzo possessore è libero di purgare un solo o alcuni dei diversi immobili acquistati, mentre rispetto agli altri può avvalersi delle altre facoltà che la legge gli concede a termini dell'articolo 2013; cioè, pagare, rilasciare, lasciarsi espropriare; non vi essendo fra quei diversi immobili, e quei diversi creditori iscritti su ciascuno degl'immobili, alcuna connessità, la quale reclami una omogeneità e indivisibilità di procedimento. Epperò, il terzo possessore, che vuol purgare alcuni o tutti gl'immobili acquistati, deve offrire a ciascun gruppo di creditori, iscritto sopra ciascun immobile, il prezzo distinto e separato convenuto nel titolo per questo immobile, o la parte del prezzo totale che egli dichiarerà corrispondere al valore di esso, mercè il ragguaglio proporzionale che ne farà. Di fatti, ciascun gruppo di creditori non ha diritto che al valore dell'immobile sul quale gravano le sue ipoteche; e quindi esso deve conoscere qual è il valore di questo immobile che gli offre in paga-

mento il terzo possessore, per giudicare se convenga farne l'accettazione, o insistere per la vendita agl'incanti; nel quale ultimo caso l'obbligo dell'aumento del decimo e della cauzione sarà limitato al prezzo dell'immobile che a lui soltanto interessa subastare. Non vi essendo invece nella offerta del terzo possessore una speciale designazione di prezzo per ciascun immobile, ne verrebbe che: o i creditori iscritti sulla casa dovrebbero alla cieca chiederne la vendita all'incanto, facendo l'aumento sul prezzo che comprende anche il valore del podere, sotto la grave ingiusta responsabilità di rendersi essi stessi aggiudicatarii della casa per una somma così elevata (art. 736 proc. civ.); o dovrebbero poter chiedere la vendita all'incanto, così della casa, come del podere, mentre su questo immobile essi realmente non hanno alcun diritto da far valere, in qualità di creditori ipotecarii. È in questo senso che l'art. 2053 dice: « nel caso in cui il titolo del nuovo proprietario comprendesse più immobili..... non tutti gravati delle *stesse iscrizioni*..... il *prezzo di ciascun immobile*, assoggettato a particolari e separate iscrizioni, sarà dichiarato nella notificazione dal nuovo proprietario, ragguagliato sul prezzo totale espresso nel titolo », sempre che nel titolo stesso non sia espresso il prezzo di ciascun immobile, nel qual caso non è a parlare di ragguaglio.

4. E nella lettera e nello spirito di cotesta disposizione entra anche il caso di un solo creditore, il quale, per diversi suoi crediti, abbia delle diverse particolari iscrizioni sopra diversi immobili del debitore, acquistati dal terzo possessore tutti con lo stesso titolo, e per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati. Di fatti, l'art. 2053 si limita a supporre che trattisi di diversi immobili, *non tutti gravati delle stesse iscrizioni*, cioè gravati di diverse separate iscrizioni; senza distinguere se coteste iscrizioni garentiscano crediti di diverse persone, o crediti diversi di una medesima persona. D'altra parte, non è proprio il caso di distinguere; perchè, o appartenenti ad un solo o a più creditori, i diversi crediti iscritti restano sempre l'uno dall'altro distinti ed indipendenti; e non può creare fra loro un legame la circostanza del tutto indifferente, che i

diversi immobili ipotecati siano acquistati da un solo o da più terzi possessori.

Notisi poi anche, che lo stesso acquirente della casa e del podere, sui quali sono iscritti due diversi crediti di un solo creditore, ha facoltà di purgare uno dei due immobili soltanto, mentre per l'altro potrà preferire il rilascio, così come se egli si trovasse di fronte a due diversi creditori. Epperò, se egli vuol purgare tutti e due gl'immobili acquistati, deve, per reciprocanza verso l'unico creditore, purgarli così come se si trovasse di fronte a due diversi creditori, offrendo cioè il prezzo per ciascuno dei due immobili, affinchè il creditore possa fare la sua maggiore offerta separatamente per l'uno e per l'altro; o, accettando l'offerta del terzo possessore per la casa, limitarsi a chiedere la vendita all'incanto del podere, e viceversa; agevolandosi sempre più a tal modo la definitiva soluzione dei rapporti giuridici fra creditore ipotecario e terzo possessore.

5. Ma noi possiamo ancora supporre che trattisi, non solo di un unico creditore, bensì anche di un unico credito, iscritto sopra diversi immobili, acquistati tutti dal terzo possessore con lo stesso titolo, e per un solo e medesimo prezzo, o per prezzi distinti e separati. In tal caso crediamo debbasi distinguere: se il creditore Ei 50,000 abbia una sola e medesima iscrizione sulla casa e sul podere (acquistati dal terzo possessore pel prezzo complessivo di 40,000, o pel prezzo di 15,000 convenuto nel titolo per la casa, e di 35,000 pel podere), una iscrizione, cioè, segnata con un unico numero d'ordine, accesa sulla presentazione di un unico atto costitutivo d'ipoteca; o se invece egli abbia una iscrizione sulla casa ed un'altra sul podere, accese in base a due diversi titoli ipotecarii, e segnate perciò sotto due distinti numeri d'ordine, quantunque l'uno immediatamente successivo all'altro.

Nella prima ipotesi l'unicità del titolo ipotecario e della relativa iscrizione stabilisce fra i diversi immobili una connessità ed una indivisibilità di garentia, che lo stesso creditore deve rispettare. Epperò il terzo possessore, volendo purgare la casa ed il podere,

potrà offrire il prezzo totale di 40,000, sul quale il creditore sarà necessariamente obbligato a fare l'aumento, ove voglia chiedere la vendita all'incanto, non avendo egli il diritto di dimandare la subastazione per la sola casa o per il solo podere; in quanto che il terzo possessore, vista l'unicità della iscrizione su i due immobili, si è forse deciso all'acquisto con l'animo di non scinderne gli effetti, con la intenzione cioè, o di conservare il dominio della casa e del podere se il creditore accetti la sua offerta di 40,000, o di abbandonare il dominio dell'una e dell'altro se il creditore di quell'offerta non si contenti.

E con quest'ordine d'idee combina la parola della legge, l'articolo 2053 di essa obbligando il terzo possessore a delle offerte separate di prezzi, quando trattisi di *separate, diverse e particolari iscrizioni.*

Ma nella seconda ipotesi non vi è ragione di non applicare la regola della divisione della offerta del terzo possessore per il prezzo rispondente a ciascuno dei due immobili ipotecati da lui acquistati, cioè per il prezzo di 15,000 relativo alla casa, e di 25,000 relativo al podere; perchè l'unicità del credito non ha alcuna influenza sulla indipendenza delle diverse ipoteche che lo garentiscono; ipoteche che sono le sole le quali, ciascuna separatamente dall'altra, mettono il terzo possessore in rapporto giuridico col creditore; e ipoteche che il terzo possessore ha visto sui registri assicurate da due diverse indipendenti iscrizioni.

D'altronde, si facilita a questo modo il giudizio di purgazione, perchè il creditore, trovando conveniente accettare l'offerta del prezzo di 15,000 statogli offerto per la casa, può limitarsi a domandare la vendita unicamente del podere, rincarando sul solo prezzo di questo, che non gli sembra giusto nella misura di 25,000 che gli fu offerta dal terzo possessore. La parola della legge finalmente risolve in questo senso ogni dubbio, perchè l'articolo 2053, come non fa distinzione fra crediti appartenenti a diversi o ad un solo creditore, neppure fa distinzione fra diversi o un solo credito appartenenti allo stesso creditore, limitandosi esso, secondo poco innanzi osservavasi, a richiedere *distinte e separate iscrizioni ipo-*

tecarie, le quali benissimo possono esistere per un solo ed identico credito.

6. La legge fa anche la ipotesi che i diversi immobili ipotecati, acquistati con lo stesso titolo dal terzo possessore, siano situati in diverse giurisdizioni di Tribunali civili, chiedendo sempre l'offerta separata del prezzo per ciascun immobile.

Naturalmente questa ipotesi non ha importanza di sorta, se non quando possa trattarsi di un unico creditore e di un unico credito, iscritto sopra quei diversi immobili in base ad un unico titolo ipotecario, e quando abbiamo visto che il terzo possessore avrebbe potuto offrire il prezzo totale, se gl'immobili si fossero trovati nella giurisdizione di un medesimo Tribunale. La ragione è che il giudizio di purgazione dev'essere istituito avanti il Tribunale civile, nella cui giurisdizione sono situati i beni ipotecati; e che se perciò questi beni si trovano situati, parte nella giurisdizione di un Tribunale, e parte nella giurisdizione di un altro, devono presso l'uno e presso l'altro essere istituiti due separati giudizi di purgazione, pei quali occorre necessariamente fare le offerte separate dei prezzi relativi a ciascuno degl'immobili, che dà luogo al proprio giudizio di purgazione; salvo le disposizioni degli articoli 662 e 727 del Cod. di procedura civile.

7. L'articolo 2053 prevede anche il caso che i diversi immobili acquistati dal terzo possessore siano aggregati alla stessa tenuta.

Ora, se questi immobili sono gravati da separate iscrizioni, benchè a garentia di un medesimo credito, l'offerta dev'essere fatta sempre per i prezzi distinti di ciascun immobile. La legge ha voluto dirlo espressamente, perchè poteva nascere il dubbio che, trattandosi di beni aggregati alla medesima tenuta, il terzo possessore avesse interesse a non scindere le sorti del giudizio di purgazione da lui istituito, o conservando tutti gl'immobili in seguito all'accettazione della sua offerta, o perdendoli tutti in seguito all'incanto promosso dal creditore; e che perciò su questo suo interesse egli

volesse accampare il diritto di fare l'offerta del prezzo totale, onde costringere il creditore, o a contentarsene, o a fare l'aumento su tutta quella somma.

8. Il debitore ha costituito l'ipoteca sulla parte indivisa di un immobile, di cui egli ha comune la proprietà con altri; ed il terzo si rende acquirente di tutto l'immobile. Volendo costui istituire giudizio di purgazione, deve innanzi tutto procedere, in contradditorio del creditore ipotecario, alla divisione dell'immobile (art. 679 e 2077), onde stabilire su qual parte di esso cada l'ipoteca; e quindi offrire al creditore la parte del prezzo del suo acquisto, la quale corrisponda alla parte dell'immobile rimasta affetta dalla ipoteca.

E su questa parte sola del prezzo offerta dall'acquirente il creditore dovrà e potrà rincarare, non avendo egli nè diritto nè interesse alla subastazione di tutto l'immobile. Concorrono con ciò tutte le ragioni che per i casi espressamente previsti dall'articolo 2053.

9. La offerta separata dei prezzi rispondenti a ciascuno degli immobili, colpiti da particolari e distinte iscrizioni, essendo una condizione necessaria per l'esercizio del diritto di maggiore offerta da parte del creditore, è virtualmente richiesta a pena di nullità. Ma di questa nullità naturalmente non possono prevalersi se non i soli creditori, nel cui solo interesse è chiesta la separazione dei prezzi dei diversi beni compresi nel titolo di acquisto del terzo possessore.

Epperò, trascorsi i termini dell'art. 2041, entro i quali il terzo possessore non abbia rettificato la sua irregolare complessiva offerta, i creditori possono farlo dichiarar decaduto dalla facoltà della purga e procedere all'ordinaria espropriazione. Ma essi possono anche considerarlo già obbligato dalla sua offerta comunque irregolare, e dimandare che per perizia si faccia il ragguaglio del prezzo di ciascuno immobile sul prezzo totale espresso nel titolo. E fatto questo ragguaglio, o il creditore si terrà pago del prezzo rispondente a

quel dato immobile, e ne terrà personalmente obbligato l'acquirente; o giudicherà quel prezzo insufficiente, e sulla sua base farà il proprio aumento per chiedere la vendita agl'incanti. Nel qual ultimo caso i termini di quaranta giorni, di cui nell'art. 2045, non decorreranno pel creditore dalla notificazione della irregolare offerta dell'acquirente, ma dal momento in cui i periti avranno presentato il ragguaglio dei prezzi dei diversi immobili sul prezzo totale espresso nel titolo; ragguaglio che avrebbe dovuto fare il terzo possessore e che non ha fatto.

Lezione Quarantesimaprima

Sommario: Effetti della *vendita giudiziale* dell'immobile ipotecato, così promossa dai creditori per espropriazione forzata, come da loro chiesta in seguito alla offerta di purga del terzo possessore: *mantenimento delle ipoteche* costituite dal terzo possessore sino all'aggiudicazione. — Della *riviviscenza dei diritti reali e delle ipoteche* a favore del terzo possessore evitto, quali gli spettavano sull'immobile prima del suo acquisto.

1. Abbiamo sin qui esaminato nel loro particolare contenuto e svolgimento i diversi mezzi o facoltà, che la legge accorda al terzo possessore, per regolare, in un modo o in un altro, la sua posizione giuridica di fronte ai creditori ipotecarii dell'alienante. Vogliono ora studiarsi gli ulteriori rapporti, che si stabiliscono fra le diverse parti interessate in seguito all'esercizio di cotali facoltà, in quanto esse si riannodino al comune principio che le governa, ed in quanto perciò presentino una comunanza di risultati, che la parola della legge non mette sufficientemente in evidenza.

Così, noi abbiamo già veduto, nelle Lezioni XXXV e XXXIX, come la disposizione del capoverso dell'art. 2016, la quale contempla soltanto la espropriazione del terzo possessore diretta contro lo speciale amministratore, nominato in seguito al rilascio dell'immobile, sia egualmente applicabile, e nel caso dell'ordinaria espropriazione, subita personalmente dal terzo possessore, e nel caso della vendita all'incanto dello immobile richiesta dai creditori, in seguito alla offerta di purga del terzo possessore. Il principio che informa quella disposizione è identico in tutti e tre i casi; il principio, cioè, che il terzo possessore resta proprietario sino all'aggiudicazione, la quale chiude la vendita dello immobile agli incanti, *in qualunque modo promossa dai creditori ipotecarii dell'alienante;* d'onde il

suo diritto di disporne validamente, gravandole d'ipoteche a favore dei suoi particolari creditori, sino a che non ne soffra la evizione. Vedemmo pure come il mantenimento di codeste ipoteche, secondo il proprio grado d'iscrizione, costituite dal terzo possessore prima dell'aggiudicazione, non poteva in alcun modo pregiudicare le ipoteche dei creditori del precedente proprietario, la sorte dei quali rimaneva protetta ed assicurata dalla precedenza delle loro iscrizioni.

E questo spiega perchè il capoverso dell'art. 2016 non parli degli altri diritti reali, che il terzo possessore abbia consentito sull'immobile, di cui soffra l'evizione in seguito alla vendita agl'incanti promossa dai creditori ipotecarii del precedente proprietario. Le servitù reali o personali, che il terzo possessore ha costituito sull'immobile sino all'aggiudicazione, sono teoricamente valide, perchè costituite dal proprietario; ma, praticamente, non possono produrre il loro effetto, in quanto altrimenti pregiudicherebbero le ipoteche dei creditori del precedente proprietario. Ed in vero, se questi avessero a rispettare cotali servitù, non potrebbero far vendere l'immobile che ad un prezzo di gran lunga inferiore a quello, sul quale essi avevano calcolato nel momento di accendere le loro iscrizioni; mentre è chiaro che il terzo possessore, non più che lo stesso debitore alienante, non possa col fatto suo restringere la consistenza della garentia ipotecaria, ch'essi avevano regolarmente stipulata, e resa di pubblica ragione mercè le loro iscrizioni. I creditori ipotecarii dell'alienante dunque hanno il diritto di dimandare che l'immobile sia messo all'incanto libero e franco di quelle servitù. E sul proposito richiamiamo anche le considerazioni svolte nella Lez. XIX.

Aggiungiamo qui soltanto, che se dopo il pagamento dei creditori ipotecarii anteriormente iscritti vi sia un sopravanzo del prezzo dello immobile, subastato come libero e franco della costituita servitù, esso sarà dovuto al titolare della servitù medesima, e gli sarà imputato nelle sue ragioni di regresso contro il proprio autore. E neppure può negarsi al titolare della servitù il diritto di far vendere l'immobile agl'incanti con questo peso, obbligandosi ad aggiungere di suo sul prezzo della vendita tanto, quanto occorre a soddisfare integralmente i creditori ipotecarii istanti.

2. L'art. 2017 dispone: « le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, che spettavano al terzo possessore sopra l'immobile, rivivono dopo il rilascio da lui fatto, o dopo la vendita all'incanto contro di lui seguita, come gli spettavano prima del suo acquisto ».

L'art. 2017 dunque contempla il caso della ordinaria espropriazione forzata dello immobile, diretta, o contro lo stesso terzo possessore, o contro lo speciale amministratore nominato in seguito al rilascio. Ma non può sorgere nemmeno il dubbio che la disposizione del detto articolo non sia applicabile, per identità di motivi, al terzo possessore, il quale sia evitto dello immobile in seguito alla vendita giudiziale, promossa dai creditori ipotecarii con aumento di decimo contro la sua offerta di purga. In tutti e tre i casi il terzo possessore subisce la medesima evizione; ed è cotesta evizione il fatto che determina la riviviscenza dei diritti reali, a lui spettanti sull'immobile, prima del suo acquisto. Qualunque differenza si volesse introdurre fra il terzo possessore che subisce la espropriazione, rilasci o non rilasci l'immobile, ed il terzo possessore che perde egualmente l'immobile nonostante l'offerta di purga da lui presentata, all'effetto di ammettere nell'un caso ed escludere nell'altro la riviviscenza dei suoi precedenti diritti reali, di cui nell'articolo 2017, non sarebbe niente di meno assurda ed arbitraria, che all'effetto di applicare nell'un caso ed escludere nell'altro la disposizione del capoverso dell'art. 2016.

Resta solo a spiegare come la evizione dello immobile, subita dal terzo possessore per effetto della vendita all'incanto in qualunque modo promossa dai creditori ipotecarii, conduca alla riviviscenza dei diritti reali, che a lui spettavano sull'immobile prima del suo acquisto. Sembra a prima giunta che cotesto effetto, o non si giustifichi, o si giustifichi soltanto per un principio ed una teoria che noi abbiamo già oppugnata ed esclusa. Di fatti, si è detto da taluno che il diritto di proprietà del terzo possessore risolvendosi retroattivamente per effetto dell'aggiudicazione dell'immobile agl'incanti, la confusione, la quale aveva operato la estinzione dei suoi diritti reali sull'immobile acquistato, doveva egualmente in modo retroattivo considerarsi risoluta, cioè, come non mai avvenuta, e quindi impro-

duttiva di effetti. Ma cotesta risoluzione non sussiste per nessuna specie di aggiudicazione; ed abbiam veduto che la stessa legge la esclude con la disposizione del capoverso dell'articolo 2016; e non potendo ammettersi che due disposizioni, l'una dopo l'altra, immediatamente si contraddicano. D'altra parte, se la confusione ha realmente avuto luogo, e se la confusione ha estinto i diritti del terzo possessore sull'immobile da lui acquistato, in qual modo cotesti diritti risorgerebbero senza una nuova causa ed un nuovo titolo giuridico di loro valida costituzione?

3. La perdita che egli subisce dello immobile non può certo equivalere siffatta causa e siffatto titolo, perchè posteriore al fatto che ha già operato la estinzione dei diritti reali del terzo possessore, e perchè di un'indole e di un'efficacia puramente negativa. Si è creduto perciò prevenire questa obbiezione affermando, che la confusione reale o consolidazione, non diversamente che la confusione personale, non sia propriamente una causa di *vera e definitiva estinzione di diritti*, ma soltanto una causa d'*impedimento accidentale e provvisorio del loro esercizio;* atteso la impossibilità in cui una persona si trova, o d'intentare contro sè stessa un'azione di credito, o di far valere un diritto reale, che è un diritto frazionario della proprietà sullo immobile, di cui egli medesimo ha la pienezza della proprietà. Che se perciò cotesta impossibilità dell'esercizio dei propri diritti è tolta di mezzo, mercè la nuova separazione dalla stessa persona delle due qualità di creditore e di debitore, o di proprietario e di titolare di diritti reali, riprendendo così ciascuno la posizione di cui precedentemente era investito; quell'esercizio dei proprii diritti, non mai estinti, ma provvisoriamente interrotti, riprende naturalmente il suo corso. Ora, il terzo possessore evitto dell'immobile, appunto perchè cessa di esserne proprietario, non trova più a sè d'innanzi l'ostacolo, che sino a tal momento gli ha impedito di far valere su di esso i diritti reali, che a lui competevano prima del suo acquisto. E sarebbe in questo senso che tali diritti *rivivrebbero* a norma dell'articolo 2017, quando invece più esattamente avrebbe a dirsi ch'essi *tornerebbero ad essere esercibili.*

Ma in verità cotesto concetto della confusione, reale o personale, così dichiarato nella sua generalità, per noi non è esatto. Difatti, l'art. 1236 annovera la confusione personale fra le cause di *estinzione della obbligazione;* e gli art. 515, 529 e 664 annoverano egualmente la confusione reale, o consolidazione, fra i modi con i quali si *estinguono i diritti reali* di servitù. Secondo la chiara ed energica espressione della legge dunque la confusione ha un ben altro effetto, che non sia quello di una semplice sospensione o interruzione dell'esercizio dei diritti personali e reali spettanti alle persone, nelle quali viene ad operarsi la riunione delle due qualità di creditore e debitore, o di proprietario dell'immobile e titolare del diritto reale sullo stesso immobile costituito. D'altra parte è innegabile, che colui il quale aveva un diritto reale sull'immobile da lui acquistato non ne riprende l'esercizio ed il godimento, dopo che avrà volontariamente alla sua volta alienato l'immobile medesimo, quantunque egli cessi così di esserne proprietario, a meno che non si tratti di una servitù stabilita per destinazione del padre di famiglia; perchè la confusione, o consolidazione, ha già operato il suo effetto, la estinzione cioè vera e propria del diritto reale, che non può risorgere senza un nuovo titolo, abile a tornarlo in vita. Ritorneremo su questo argomento.

4. Bisogna dunque ricercare in altri principii ed in altri concetti la riviviscenza dei diritti reali del terzo possessore, di cui nello art. 2017. La legge ha dovuto prendere in considerazione speciale la sorte di questo terzo possessore, il quale un bel giorno si vedrebbe forzatamente spogliato della proprietà dell'immobile, che egli non avrebbe certamente acquistato col sacrificio dei suoi preesistenti diritti reali, ove avesse dovuto temere ad un tempo la perdita degli uni e la evizione dell'altro. La legge perciò lo soccorre direttamente, in via di equità, e di sua autorità, con assicurargli anticipatamente la riviviscenza dei suoi preesistenti diritti reali, pel caso che egli soffra l'evizione dello immobile, sul quale essi erano costituiti, ed in seguito all'acquisto del quale eransi realmente estinti per effetto della consolidazione. L'art. 2017 così contiene una disposizione di

diritto strettamente positivo; ed è solo in relazione al suo precetto che può, se si vuole, e senza far forza alla parola della legge, ammettersi il concetto di una confusione quale causa di sospensione dell'esercizio dei diritti, anzichè di estinzione della loro vita e della loro esistenza; perchè nell'un modo e nell'altro si giunge allo stesso risultato. Insomma, per l'esattezza dei principii, i diritti reali spettanti al terzo possessore sull'immobile prima del suo acquisto risorgono e tornano ad essere esercibili, non già a causa del fatto puro e semplice ch'egli cessa di essere proprietario di tale immobile, ma a causa del fatto ch'egli cessa di esserlo in seguito ad una evizione, proveniente dall'azione ipotecaria dei creditori del suo alienante.

V'ha di più. Noi vedremo fra poco che il terzo possessore ha diritto di esser rimborsato dei miglioramenti da esso recati all'immobile (art. 2020, cap.). Ora, se dopo l'evizione ch'egli soffre dello immobile non avesse a ricuperare i suoi diritti reali preesistenti, ne verrebbe che i creditori ipotecari dell'alienante troverebbero giuridicamente migliorata la condizione, e quindi aumentato il valore dell'immobile ad essi ipotecato; d'onde la loro obbligazione di tenerne indennizzato il terzo possessore, a spese del quale in sostanza quel miglioramento si sarebbe prodotto. Ma, invece che dare al terzo possessore una somma equivalente al prezzo del suo estinto diritto reale, non sempre esattamente valutabile, la legge ha creduto più agevole e più giusto ridargli addirittura il godimento di tal diritto, che ripristina così la condizione giuridica ed economica dei creditori e del terzo possessore rispetto all'immobile in questione.

5. La riviviscenza dei diritti reali del terzo possessore, quali gli spettavano prima del suo acquisto, ha luogo, a termini dell'articolo 2017, *dopo il rilascio* da lui fatto, o *dopo la vendita all'incanto* contro di lui seguita. Richiamiamo qui per altro, onde non ripeterci, le osservazioni svolte nella Lezione XXXV, dove dimostrammo che cotesta riviviscenza, in caso del rilascio dello immobile, non aveva propriamente luogo dal momento del rilascio, ma sempre dopo soltanto l'aggiudicazione dello immobile, espropriato nelle mani dell'amministratore in seguito a quel rilascio.

6. Rivivono, dice l'art. 2017, le servitù, le ipoteche e gli altri diritti reali, come a dire, un diritto di enfiteusi, nel dominio utile o nel dominio diretto, e un diritto di superficie. Ma fra tutti i diritti reali in genere e le ipoteche corre in proposito questa differenza. Il terzo possessore nulla ha a fare per poter vedere un giorno rivivere i suoi diritti reali, validamente costituiti prima del suo acquisto, sull'immobile di cui poscia soffre l'evizione. Ma egli invece per poter veder rivivere la sua antica ipoteca su cotesto immobile, in previsione di esserne evitto deve curare la conservazione della iscrizione, non solo non facendola cancellare dai pubblici registri, ma eseguendone a tempo la rinnovazione; perocchè altrimenti la ipoteca sarà perenta e di nessuno effetto (art. 1965, 2001 e 2032). Può semplicemente dimandarsi se il terzo possessore abbia la facoltà di rinnovare una iscrizione ipotecaria sull'immobile, di cui egli stesso è proprietario. Ma la risposta non può essere che affermativa; perchè, se l'art. 2017 accorda al terzo possessore il beneficio della riviviscenza della sua antica ipoteca, estinta o assopita per consolidazione, non gli può negare i mezzi per rendere preventivamente possibile l'efficacia di tal beneficio. Ora se il terzo possessore non potesse, durante il tempo in cui conserva la proprietà dell'immobile, cioè dall'epoca del suo acquisto sino alla sentenza di vendita agl'incanti, rinnovare la iscrizione di un'ipoteca che prima vi gravava a suo favore; quando in seguito verrebbe ad essere espropriato dello immobile, la riviviscenza di quell'ipoteca, promessagli dalla legge, resterebbe affatto illusoria e derisoria; perchè senza un'ipoteca debitamente conservata egli non potrebbe presentarsi nella graduazione dei creditori per farla valere col suo antico grado utile di collocazione. Pel solo fatto dunque che la legge nell'art. 2017 accorda al terzo possessore un diritto eventuale di ipoteca, per ciò solo gli deve permettere gli atti conservativi di tale diritto, in conformità anche del disposto dell'art. 1171. Finalmente l'art. 2032 dichiara: « che l'ipoteca ogni qualvolta *rinasce* prende solamente grado dalla nuova iscrizione, *se la precedente non è stata conservata* ». Ora, da una parte questa rinascenza della ipoteca ha luogo anche nella ipotesi contemplata nell'art. 2017, e dall'altra parte l'art. 2032 suppone che l'antica

iscrizione *ha potuto essere conservata*, cioè mantenuta sui registri e rinnovata a tempo.

Riconosciuto poi al terzo possessore il diritto e l'obbligo di conservare la iscrizione della sua eventuale ipoteca durante il tempo in cui egli resta proprietario dello immobile, se il trentennio della sua antica iscrizione spira entro quel termine e prima dello spirare di tal termine non l'ha rinnovata, può ancora prima della trascrizione della sentenza di vendita prendere una seconda iscrizione (art. 2012 e 2089 Codice civile; 685 o 710 Codice di procedura civile), ma questa non vale più come rinnovazione della precedente, bensì come una prima nuova iscrizione efficace soltanto dalla propria data, e pel grado che le viene assegnato dal proprio numero d'ordine.

7. L'art. 2017 prevede solamente il caso di diritti reali *spettanti al terzo possessore* sull'immobile da lui acquistato, non pur l'altro di diritti reali *gravitanti a suo carico*, cioè a carico della sua proprietà immobiliare ed in favore dell'immobile da lui acquistato; il caso per esempio di una servitù prediale costituita a vantaggio di questo immobile sopra un altro immobile di particolare spettanza del terzo possessore. Per effetto della consolidazione non vi è dubbio che la servitù a favore dell'immobile acquistato si è estinta, così come si era estinta la servitù su di esso gravitante; nell'un caso e nell'altro riunendosi nella stessa persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo servente (art. 664). Ma, evitto il terzo possessore dello immobile acquistato per la vendita giudiziale promossa in qualunque modo dai creditori ipotecarii, rivivrà a vantaggio di cotesto immobile la servitù, di cui prima godeva sul fondo di originaria particolare proprietà del terzo possessore? così come vedemmo che a vantaggio di questo fondo riviveva la servitù gravitante sullo immobiie acquistato? Senza alcun dubbio; non solo perchè l'ipotesi da noi configurata è la reciproca di quella che testualmente prevede l'art. 2017, nel quale perciò è virtualmente compresa, ma eziandio perchè la riviviscenza della servitù attiva dell'immobile aggiudicato è sorretta dal primo comma dell'art. 2020, così come la riviviscenza della servitù passiva di esso vedemmo sorretta dal capoverso di

detto articolo. Per l'assoluta identità dei motivi dunque non si può non applicare la medesima disposizione a due conflitti d'interessi; i quali in sostanza anzi non sono che due modi di prodursi di un solo ed identico conflitto d'interessi fra terzo possessore e creditori ipotecarii del suo alienante.

Lezione Quarantesimaseconda

Sommario: Continuazione degli effetti della vendita giudiziale dell'immobile ipotecato: *responsabilità* del terzo possessore e suo *diritto d'indennizzo* per i *deterioramenti* e *miglioramenti* da lui recati all'immobile, di cui soffre l'evizione.

1. Il terzo possessore, non diversamente che il debitore suo alienante, come proprietario dello immobile acquistato, e sino alla aggiudicazione, per effetto della quale cessa di esserlo, può disporne validamente; al quale concetto abbiamo visto informata la disposizione del capoverso dell'art. 2016, in quanto concerne la costituzione di nuove ipoteche da parte del terzo possessore sull'immobile acquistato. Ma non diversamente che lo stesso debitore suo alienante, egli non può disporre dello immobile in modo da recare pregiudizio al diritto d'ipoteca dei creditori iscritti su di esso; perchè cotesta ipoteca costituisce un vincolo ed un peso della proprietà, che ne limitano necessariamente la disposizione, in conformità dei principii stabiliti nelle Lezioni XVIII e XIX, ed in applicazione dei quali vedemmo pure nella precedente Lezione esclusa dal disposto del citato art. 2016 la efficacia di altri diritti reali costituiti dal terzo possessore sull'immobile acquistato. Ora, il diritto di disposizione del proprietario può esplicarsi riguardo al materiale governo delle cose sue, che egualmente gli resta limitato e circoscritto, quando altri ha un legittimo interesse radicato nella materiale consistenza e conservazione di quelle cose; e d'onde la sua respon-

sabilità pei danni provenienti al terzo dall'abuso del suo limitato diritto di disposizione, se pure non si arrivi in tempo ad arrestarlo specificamente, con tutti i mezzi conservativi che all'uopo la legge suggerisce. Se un tempo si volle riconoscere all'acquirente dell'immobile ipotecato la facoltà di usarne ed abusarne a suo talento, fu perchè, rimanendo occulto il vincolo ipotecario, egli poteva considerarsi acquirente di una proprietà libera, piena ed assoluta, cui è inerente la piena, libera ed assoluta disposizione. Ma nel nuovo sistema della pubblicità ipotecaria, l'acquirente è messo in condizione di conoscere il vincolo che grava l'immobile, e deve perciò imputare a sua colpa se, per non aver consultato i pubblici registri, sia rimasto nella erronea contraria opinione.

Di qui la disposizione dell'art. 2020, che stabilisce nel primo comma: « il terzo possessore *è tenuto a risarcire i danni* cagionati all'immobile per sua grave colpa in pregiudizio dei creditori iscritti... ».

2. Facciamo osservare che questa *responsabilità* del terzo possessore viene ordinariamente in liquidazione, dopo che sulla istanza dei creditori ipotecari ha luogo la sua evizione, mercè la aggiudicazione dello immobile agl'incanti; *aggiudicazione che fa seguito, o alla espropriazione* (sia diretta contro il terzo possessore personalmente, sia diretta contro l'amministratore in caso di rilascio), *o al giudizio di purga istituito dall'aquirente*, la cui offerta non sia stata accettata dagl'interessati. Difatti, il capoverso dell'art. 2020, che, come contrappeso di quella responsabilità, statuisce intorno all'*indennizzo dovuto al terzo possessore pei miglioramenti* recati all'immobile, si riporta appunto al caso del *rilascio* o della *vendita all'incanto.* E cosi cotesta disposizione, non diversamente che quelle degli art. 2016 cap. e 2017, rientra nel numero delle regole che sono conseguenze dell'aggiudicazione dello immobile, *in qualunque modo promossa ed avvenuta*, dal punto di vista della procedura seguita per giungere a quel finale comune risultato; riportandoci in proposito a tutte le considerazioni svolte nelle precedenti Lezioni, ed anche per insistere che nell'art. 2020, come negli art. 2016 cap. e 2017,

quando la legge parla del rilascio d'accosto alla vendita, suppone sempre il rilascio seguìto e completato dalla vendita, condotta a termine contro lo speciale amministratore di cui nell'art. 2019.

Ma niente si oppone però che i creditori ipotecari, anche prima d'intentare gli atti per la vendita, reclamino l'indennità dovuta dal terzo possessore in riparazione dei deterioramenti da lui recati allo immobile; perchè se essi non giudichino opportuno il momento per la subastazione, non hanno da aspettare intanto che il terzo possessore diventi insolvibile. Essi dunque reclameranno immediatamente l'indennità, che sarà loro distribuita secondo l'ordine delle iscrizioni, come parte del prezzo dello immobile cui hanno diritto. E se i creditori ipotecari sono condizionali o a termine, il diritto di agire immediatamente per la indennità è loro egualmente aperto come atto conservativo; epperò essi possono dimandarne il deposito giudiziale, per poi ottenerne l'effettivo pagamento, quando i loro crediti saranno divenuti certi ed esigibili.

3. La responsabilità intanto che il nostro Codice addossa al terzo possessore è limitata ai soli deterioramenti provenienti da una sua *colpa grave*, e non pure dalla mancanza di diligenza del buon padre di famiglia, o di quella che si usa nel custodire le proprie cose (art. 1224, 1808 e 1843). Cotesto minor rigore del codice civile patrio, in confronto del diritto anteriore, pel quale la responsabilità del terzo possessore era determinata da qualunque suo fatto o negligenza, causa del deterioramento dell'immobile, si può giustificare per la considerazione, che quantunque egli conosca il vincolo ipotecario di cui è affetta la sua proprietà, nondimeno il danno che arreca all'immobile non lede in modo certo ed attuale il diritto dei creditori iscritti, potendo sperare che l'evizione dell'immobile gli sia evitata dal suo autore col pagamento di quanto loro è dovuto; ed avendo anzi ragione di calcolare su questo fatto del principale interessato, che lo rilevi così dall'azione ipotecaria dei creditori. Nel suo operato perciò vi è un elemento intenzionale di cosiffatta natura, di cui la legge ha creduto dover tener calcolo, ed al quale anche non può non riportarsi l'autorità giudiziaria nello stabilire ed apprezzare

la gravità della colpa del terzo possessore; mostrandosi, per esempio, più severa nel giudicarla rispetto a quei deterioramenti, che fossero recati all'immobile dopo quando i creditori ipotecari avessero già spiegata l'azione reale contro il terzo possessore, indizio certo della insolvibilità o morosità del debitore. Diciamo soltanto che in tal caso l'autorità giudiziaria sarà più severa nel misurare la colpa per ritenerla grave o non grave; perchè anche riguardo ai deterioramenti recati all'immobile prima della intimazione dei creditori al terzo possessore, può rinvenirsi quella tal colpa grave che ne lo renda responsabile; e perchè dopo tutto la legge non distingue rispetto al tempo nel quale le deteriorazioni hanno avuto luogo.

4. Pel capoverso dell'art. 2020 « il terzo possessore *ha diritto di far separare dal prezzo la parte corrispondente ai miglioramenti* da esso fatti dopo la trascrizione del suo titolo, sino a concorrenza della minor somma che risulterà tra lo speso e il migliorato al tempo del rilascio o della vendita all'incanto ». Il principio, che informa questa seconda parte dell'art. 2020, è quello generale di diritto e di equità: *che nessuno debba arricchirsi a danno altrui.* Se i miglioramenti recati all'immobile dallo stesso debitore profittano ai creditori ipotecari con la *estensione della ipoteca* (art. 1966), è perchè il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri; e perchè, migliorando l'immobile ipotecato, egli mostra di voler favorire più la condizione dei suoi creditori ipotecari che quella dei chirografari, incorporando un valore in quella cosa, sulla quale appunto è fondata la garentia reale degli uni; mentre rispetto agli altri non assume l'obbligo di non distrarre ed impiegare diversamente le forze del suo patrimonio. Ma il terzo possessore, se migliora l'immobile, non lo fa che nel suo interesse, non avendo egli contratto alcun obbligo col creditore ipotecario del suo alienante, per cui egli abbia a preoccuparsi di soddisfarlo più o meno largamente e sicuramente. Il terzo possessore, diciamo, migliora l'immobile nel suo interesse, perchè egli ne è il proprietario, e spera di rimanerlo, senza nulla dovere al creditore ipotecario del suo alienante. Che se invece questi, non soddisfatto

del debitore, può con la sua azione reale evincere il terzo possessore, deve sempre limitare le sue pretese a quel valore dello immobile, pel quale lo avrebbe espropriato nelle mani del debitore; valore che deve determinarsi con detrazione dei miglioramenti recati dal terzo possessore, e che non vi è motivo a presumere vi avrebbe arrecato lo stesso debitore, se questi non avesse alienato l'immobile; così come non è a presumere che il debitore lo avrebbe deteriorato, e per cui abbiamo veduto spettare al creditore ipotecario ragione di indennità contro il terzo possessore, a norma della prima parte dell'art. 2020. Ove dunque il creditore ipotecario potesse profittare del maggior valore dello immobile prodotto dal terzo possessore, egli si arricchirebbe a danno altrui, il terzo possessore essendo appunto estraneo a quella obbligazione, pel soddisfacimento della quale è molestato.

5. Ma d'altra parte, proprio perchè il creditore ipotecario non deve *arricchirsi a danno altrui*, così il maggior valore, cui ha diritto esclusivo il terzo possessore, è quello che risulta dalla *minor somma fra lo speso ed il migliorato;* la cifra cioè che risulta la minore nel confronto fra la spesa impiegata nel migliorare l'immobile, e la somma che in seguito ad una stima rappresenti l'effettivo maggior valore cui l'immobile è salito; ben potendo l'una essere superiore all'altra e viceversa, vuoi per la diversa diligenza ed abilità impiegata nello spendere, vuoi per accidentali impreviste circostanze. Nel fare dei piantamenti ho speso 10,000; ma, e pel modo da me tenuto nell'eseguire il lavoro, e per la stagione eccezionalmente contraria alla prima vegetazione delle piante, il valore dello immobile, in confronto di quello che avrebbe senza i nuovi piantamenti, non è aumentato che di 5000. E possiamo supporre l'inverso, una spesa cioè di 5000 ed un aumento di valore dell'immobile di 10,000. In entrambi i casi, io terzo possessore non posso prelevare che 5000 dal prezzo dell'immobile ottenuto dalla vendita all'incanto; perchè, nel primo i creditori ipotecari non si arricchiscono che di 5000, e nel secondo, se si arricchiscono di più, non si arricchiscono a mio danno. Che questo sia il principio della nostra legge è fuori que-

stione, il *quod minus inter expensum et melioratum* trovandosi testualmente dichiarato dall'art. 2020, nell'intento proprio di risolvere il dubbio, sorto nel diritto anteriore: se in caso di aumento di valore dell'immobile, superiore alla spesa impiegatavi per produrlo, il terzo possessore non avesse diritto a tutto questo maggior valore. Ma quel principio non ci sembra in sè stesso affatto logico ed equo, perchè, muovendo dal supposto che il debitore, se non avesse alienato, non avrebbe egli fatto quei miglioramenti, è certo che i creditori, profittando dei miglioramenti recati dal terzo possessore, fanno per una parte di essi un guadagno che non avevano sperato, e quindi senza giusto titolo e giusta causa. Questo guadagno spetterebbe invece al terzo possessore, che dopo tutto è l'autore delle spese impiegate a migliorare il fondo; e dell'utile ed intelligente impiego delle quali sarebbe equo dargli credito, così come è giusto ch'egli soffra del loro sfortunato e mal'accorto impiego, quando non può ripetere che il solo aumento di valore dello immobile, rimasto inferiore alle spese incontrate per produrlo. Insomma, non il principio dell'arricchimento *a danno altrui*, ma quello dell'arricchimento *pel fatto altrui* avrebbe dovuto regolare i rapporti fra *creditori ipotecari e terzo possessore*, riguardo ai miglioramenti dell'immobile che sono opera di costui, accreditandolo sempre *quatenus pretiosior res facta est*, e non soltanto di *quod impensum est, si plus pretii accessit.*

6. *Quid* delle *spese di conservazione?* La casa ipotecata minaccia rovina; il terzo possessore vi esegue dei lavori, che la rimettono nel pristino stato di solidità; ha diritto a rimborso, ed in quali limiti? La questione è vivamente controversa nella dottrina e nella giurisprudenza. Si sostiene da taluni il principio del rimborso più o meno esteso; perchè da una parte i creditori si arricchiscono dei lavori di conservazione eseguiti dal terzo possessore, senza dei quali, con la rovina della casa, avrebbero perduto ogni loro garantia; e dall'altra parte, si arricchiscono a spese altrui, a spese cioè di chi non è obbligato a loro riguardo. Ove perciò il terzo possessore non potesse rimborsarsi delle spese di conservazione impiegate nell'im-

mobile ipotecato, i creditori ipotecari si arricchirebbero a danno altrui; ciò che è escluso dal capoverso dell'art. 2020, benchè cotesta disposizione applichi espressamente il principio a proposito soltanto delle *spese di miglioramento*. Si osserva di più che le *spese necessarie*, cioè quelle di conservazione, aumentano sempre il valore della cosa, migliorandola; perchè, senza di essa, o l'immobile sarebbe perito del tutto, o si sarebbe deteriorato in modo da perdere gran parte del suo valore; in entrambi i casi quindi i creditori ipotecari fanno un guadagno per l'opera del terzo possessore, solo perchè evitano una perdita; d'onde il diritto di costui a rimborsarsi di tutte le somme erogate, come spese necessarie e di conservazione.

Ma la tesi opposta la si sostiene per queste altre validissime ragioni. La legge, nei rapporti fra terzo possessore e creditori ipotecari, parla di miglioramenti, anzi di minor somma fra lo speso ed il migliorato, e non di spese di conservazione. Perciò, trattandosi di stabilire a favore di costui un credito, con preferenza sugli stessi creditori ipotecari, la interpretazione del testo non può essere estensiva. Il terzo possessore dunque avrà, per le spese necessarie impiegate nello immobile di cui soffre l'evizione, ragione personale di regresso contro l'alienante; ma non può prelevarle dal prezzo della vendita all'incanto, su cui dimandano collocazione i creditori ipotecari. Nè è esatto il dire che le spese di conservazione sono in sostanza spese di miglioramento, perchè è antica la distinzione giuridica, diversa da una distinzione puramente economica, fra *impensae quae meliorem rem faciunt*, et *impensae quae rem deteriorem esse non sinunt;* ed accordandosi al terzo possessore il rimborso per prelevamento solo per le prime, quando, per esempio, *agitur de sumptibus aedificationis sive extructionis; de sumptibus factis in novum aedificium;* e negandosi per le altre, quando invece *agitur de sumptibus refectionis*, spese cioè di *riparazioni*, secondo l'esplicazione che dà Cuiacio delle leggi romane: 44, § 1, D. *de damno infecto*, e 29, § 2, D. *de pignor. et hypot.*

Se le spese di conservazione si comprendessero nelle spese di miglioramento, la legge tutte volte che parla di queste non avrebbe bisogno di parlare anche di quelle; ma invece essa talvolta ha cura

di parlar distintamente delle une e delle altre, mostrando così di distinguerle eziandio nel loro concetto e nel loro contenuto (articoli 1018, 1019, 1150 e 1528).

7. Questa considerazione poi ha maggior peso pel nostro Codice, il quale nell'art. 2020 non parla *che di miglioramenti*, mentre il corrispondente art. 2175 del Codice francese parla di *spese e di miglioramenti;* e d'onde alcuni argomentano, che secondo questa legislazione il rimborso è dovuto al terzo possessore, non solo per le spese utili, che riferisconsi ai miglioramenti, ma anche per le spese necessarie, cioè quelle di conservazione; non sapendosi altrimenti cui riferire quella parola *spese*, messa a fianco all'altra *miglioramenti*, e non dovendosi presumere una superfluità e scorrettezza di linguaggio.

Aggiungasi questo altro argomento, contrario al diritto del terzo possessore di far separare dal prezzo della vendita le spese di conservazione, da lui fatte nello immobile acquistato. Se il debitore non avesse alienato l'immobile ipotecato, lo avrebbe a sue spese conservato, sia perchè è a presumerlo per l'ordinario concetto della amministrazione d'ogni buon padre di famiglia, sia perchè ne aveva l'obbligo (art. ed arg. art. 1176 e 1980). I creditori dunque al momento della vendita avrebbero trovato a tutto loro esclusivo profitto il valore dello immobile così conservato. Ora, essi non devono soffrir danno dal fatto dell'alienazione dello immobile loro ipotecato consentita dal debitore; e questo danno lo soffrirebbero, se avessero a perdere col terzo possessore quella parte di prezzo dello immobile, rispondente alle spese necessarie da lui fatte, che essi non avrebbero perduto espropriando il loro proprio debitore. Se per i miglioramenti è diversa la posizione dei creditori, a seconda che vendono l'immobile agl'incanti nelle mani del debitore o del terzo possessore, ciò dipende, come innanzi avvertivamo, dalla circostanza che non è a presumere il debitore avrebbe egli stesso migliorato l'immobile, se non l'avesse alienato; sia perchè ordinariamente un proprietario oberato di debiti non ha risorse per migliorare la sua proprietà, sia perchè dopo tutto egli non ne ha l'obbligo. I creditori

dunque ipotecari non avrebbero avuto ragione di calcolare su migliorie dello immobile ad essi vincolato; e se queste migliorie in fatto le trovano per opera e spesa del terzo possessore, non devono poterne profittare gratuitamente, ed a danno di costui.

8. Può avvenire che le spese di conservazione e di manutenzione dell'immobile siano fatte con tale larghezza, che non solo lo sostengono nel suo stato normale originario, ma effettivamente lo migliorano benanche, aumentandone cioè il valore. Per questo maggior valore non vi è dubbio che il terzo possessore ha diritto a rimborso sul prezzo della vendita; perchè i miglioramenti vanno considerati obbiettivamente, e non in dipendenza di una determinata specifica qualità di lavori, o in dipendenza della principale e primitiva intenzione con la quale sono stati intrapresi dal terzo possessore. Anzi, le stesse *spese voluttuarie*, che di regola non sono ripetibili, dànno diritto a rimborso in favore del terzo possessore, se, nonostante il loro carattere di puro abbellimento, procurano di fatto un maggior prezzo di vendita all'incanto dello immobile; perchè rispetto ai creditori ipotecari il miglioramento del fondo ipotecato consiste in questo aumento di prezzo; il loro diritto esercitandosi sopra un valore numerario, che di sua natura prescinde dalle cause per cui esso aumenti o diminuisca, e non dovendo eglino, come non impoverirsi, così non arricchirsi per opera e fatto del terzo possessore, prendendo per termine di confronto la posizione in cui essi si troverebbero ove il debitore non avesse alienato.

9. In cotesta questione dei rimborsi ed indennizzi dovuti dal e al terzo possessore, spesso si cade nell'equivoco e nell'errore di muovere dai criteri e dai concetti, che governano la posizione del *possessore di buona fede di rincontro al proprietario della cosa;* mentre i conflitti d'interesse ed i rapporti giuridici fra l'acquirente dello immobile ipotecato ed i creditori ipotecari dell'alienante sono affatto diversi. Il *terzo possessore* non è *possessore di buona fede*, nel senso proprio di questa parola (art. 701), e nemmeno di malafede; egli è proprietario vero ed effettivo, ma soltanto proprietario

di un immobile vincolato già a favore di altri. I diritti perciò dell'uno e degli altri devono svolgersi in conformità della loro propria indole e del loro proprio contenuto. Così, si comprende che il possessore di buona fede e anche di malafede abbia il diritto di essere rimborsato dal proprietario delle spese di conservazione (straordinaria manutenzione), oltre che delle utili (art. 1150 e 705), sempre per il principio che nessuno deve arricchirsi a spese altrui. Ma non si comprende come il terzo possessore voglia ottenere rimborso delle spese di conservazione contro il creditore ipotecario, il quale ha un diritto reale sull'immobile anteriore al suo; un diritto stabilito sull'immobile, così come questo si trova al momento della iscrizione, e come egli può pretendere sia mantenuto dallo ipotecante; in guisa che così invece mantenuto dal terzo possessore, il creditore ipotecario non si arricchisce di niente, arricchendosi al contrario il debitore alienante, dal quale perciò il terzo possessore si farà rimborsare. E viceversa, si comprende come il possessore anche di buona fede non possa pretendere dal proprietario il rimborso di spese voluttuarie; perchè questi può giustamente sostenere ch'egli tali spese non le avrebbe fatte, ed avrebbe egualmente goduto della sua cosa, dalla quale perciò non ricavando alcun nuovo profitto, non potrebbe essere responsabile di un nuovo debito. Ma non si comprende come i creditori ipotecari, che hanno trovato a vendere l'immobile, abbellito dal terzo possessore, per un prezzo maggiore di quello che si sarebbe ottenuto senza gli abbellimenti, che è da supporre il loro debitore non avrebbe fatto; prezzo maggiore che si ottiene presentandosi agli incanti un offerente, amatore di quel tal genere di abbellimenti, o di condizione tale che questi rispondano alle sue abitudini ed esigenze di vita diverse da quelle del debitore ipotecario; non si comprende, diciamo, come i creditori ipotecari non volessero in tal caso attribuire al terzo possessore la parte di prezzo dello immobile rispondente a quei lavori, perchè altrimenti essi si arricchirebbero ingiustamente a sue spese.

Lezione Quarantesimaterza

Sommario: Continuazione dell'argomento dell'indennizzo dovuto al terzo possessore per i miglioramenti. — Del suo obbligo della *restituzione dei frutti,* dal giorno nel quale è attivata contro di lui l'azione ipotecaria dei creditori.

1. Il momento in cui dev'essere valutato il miglioramento dell'immobile, per accreditare il terzo possessore, è sempre quello della vendita all'incanto, quale che sia poi l'epoca nella quale le spese ed i lavori sono stati fatti, purchè, come or ora vedremo, posteriormente soltanto alla trascrizione del titolo di acquisto.

Dal prezzo dunque che si ottiene dalla subastazione dell'immobile, messo agl'incanti nello stato in cui attualmente si trova, si detrae il prezzo che se ne sarebbe ottenuto subastandolo anche oggi ed in pari circostanze, ma nello stato in cui si sarebbe trovato se il terzo possessore non vi avesse eseguito opere e lavori di miglioramento; e la differenza in più è appunto la parte di prezzo che il terzo possessore ha diritto di prelevare a suo vantaggio. S'intende poi che quel calcolo sarà l'opera di periti, e si terranno presenti anche gli altri elementi di confronto e di valutazione, che il giudice apprezzerà col suo prudente arbitrio, come per esempio il prezzo di acquisto dell'immobile poscia migliorato e subastato, o la stima che accompagnava l'atto traslativo di esso, se a titolo gratuito, ecc.

2. Si legge nella Relazione governativa: « Non compete al terzo possessore il diritto di far separare dal prezzo l'importo dei miglioramenti che avesse fatto *prima della trascrizione del suo titolo,* perchè è la trascrizione che lo rende terzo possessore riguardo agli altri aventi diritto sull'immobile; soltanto per essa possono competergli le ragioni che la legge riconosce, non a qualsiasi costrut-

tore che abbia fatto riparazioni o miglioramenti, ma a chi riveste la qualità di terzo possessore. Con tale disposizione viene d'altronde meglio promossa la pubblicità, che si vuole ottenere con la trascrizione, poichè l'acquirente *sarà più sollecito a trascrivere il suo titolo* ». Abbiamo voluto riferire testualmente questi motivi, per mostrarne il loro vero carattere, più di convenienza, che di diritto e di equità giuridica. È certo che anche per i miglioramenti eseguiti prima della trascrizione i creditori se ne arricchiscono a spese del terzo possessore; mentre che poi, se questi avesse trascritto immediatamente, i creditori non avrebbero del pari avuto nè diritto nè interesse ad opporsi a quei miglioramenti; epperò ragione e giustizia avrebbero reclamato il diritto del terzo possessore a rimborsarsi sul prezzo della vendita anche dei miglioramenti da lui eseguiti nell'immobile prima della trascrizione del suo titolo di acquisto.

S'intende poi che in mancanza di un titolo soggetto a trascrizione, come il legato, i miglioramenti da computare a favore del terzo possessore sarebbero tutti quelli da lui eseguiti dal momento dell'acquisto sino all'aggiudicazione, o sino al rilascio; perchè quando un titolo non è trascrittibile, a fine di operare la trasmissione della proprietà *erga omnes*, non lo può essere a fine di produrre uno degli effetti di questa trasmissione.

3. È notevole la forma ed il modo del rimborso accordato dalla nostra legge al terzo possessore nel capoverso dell'art. 2020, cioè la *separazione* dal prezzo di vendita all'incanto dell'immobile di una somma corrispondente a quella dovutagli per i miglioramenti; separazione che ha luogo nello stesso giudizio di graduazione e distribuzione del prezzo di vendita. Con siffatta separazione il terzo possessore acquista più che un privilegio; egli è considerato addirittura proprietario dei miglioramenti; e se il suo diritto si trasporta sopra un valore numerario, è per necessità di cose, in quanto lo immobile dev'essere venduto nello stato in cui si trova. Tale separazione dunque è la migliore delle garentie per il rimborso dei miglioramenti spettante al terzo possessore; e questo spiega perchè il primo comma dell'articolo 2020 gli nega il diritto di *ritenzione*,

che nello stato del diritto anteriore qualcuno voleva attribuirgli. La ritenzione dello immobile fino a rimborso avrebbe implicato l'obbligo ed il sacrificio dei creditori di anticipare una somma prima della vendita o della distribuzione del prezzo; mentre essi, se non devono arricchirsi a spese del terzo possessore, nemmeno devono pel fatto di costui vedere aggravato l'esercizio del loro diritto ipotecario; epperò si legge in proposito nella citata Relazione: « per altro il terzo possessore non può invocare alcun diritto di ritenzione per causa di miglioramenti; sarebbe altrimenti incagliata l'azione dei creditori ipotecarii, i quali hanno un diritto anteriore al suo acquisto ».

Il diritto di ritenzione invece spetta al possessore di buona fede per causa di miglioramenti (art. 706); e questo vieppiù giustifica l'avvertenza che poco innanzi facevamo, di non doversi confondere la posizione del terzo possessore dello immobile ipotecato con quella del possessore di buona fede, il quale si trova con un titolo di possesso contro un titolo di proprietà.

4. Il terzo possessore, non diversamente che lo stesso debitore ipotecario, fa suoi i frutti dello immobile acquistato in forza del suo diritto di proprietà (art. 444). Naturalmente i frutti percepiti dal debitore entrano nella massa dei suoi beni, ed i creditori ipotecarii, pel tempo che precede il giudizio di espropriazione, vi esercitano le loro ragioni come semplici creditori chirografari; mentre i frutti percepiti dal terzo possessore entrano nel suo particolare patrimonio, e sfuggono a qualunque pretesa dei creditori ipotecarii dell'alienante; perchè l'ipoteca di per sè stessa non affetta, come diritto reale, i frutti dello immobile ipotecato. Questa estensione però del vincolo dalla cosa ai frutti che produce, e quindi l'estensione della prelazione ipotecaria dal prezzo dell'una a quello degli altri, si opera dal momento in cui è attivata l'azione del creditore ipotecario sull'immobile, e propriamente dalla trascrizione del precetto, col quale si apre il giudizio di espropriazione (art. 2084 e 2085). Da questo momento, in altri termini, i frutti dello immobile ipotecato sono essi stessi immobilizzati, e quindi seguono la sorte del-

l'altro. E come i creditori ipotecarii acquistano diritto al valore dell'immobile sin da quel momento, benchè tal diritto per necessità di cose non si può effettivamente attuare che più tardi, dopo cioè aver espletato la vendita; così fin dallo stesso momento essi acquistano diritto al valore dei frutti di quell'immobile, ed acquistandovi essi diritto lo perde naturalmente il proprietario; il quale, se debitore dei creditori istanti, non può fare entrare il valore dei frutti dello immobile ipotecato percepiti sino al giorno della vendita nella massa dei suoi beni, onde anche i creditori chirografarii vi concorrano; e se terzo possessore, non può tenere per sè i frutti guadagnandoli sino al giorno in cui egli soffre la effettiva evizione dello immobile mercè l'aggiudicazione; la loro restituzione essendo dovuta appunto per riparare economicamente il danno, che il creditore ipotecario soffre dal necessario ritardo procedurale del riconoscimento e soddisfacimento del suo diritto. Per questi principii dunque il terzo possessore, benchè proprietario legalmente dello immobile sino all'aggiudicazione, dovrebbe restituire i frutti dal giorno della trascrizione del precetto immobiliare, di cui nell'art. 2085; non dovendo il creditore ipotecario soffrir danno, nella consistenza e nella efficacia della sua garentìa reale, dal fatto dell'alienazione dell'immobile consentita dal proprio debitore a favore di un terzo. Ma la legge in omaggio alla speciale posizione del *terzo* possessore, il quale, per quanto preparato alla persecuzione dei creditori ipotecarii, ha diritto di esserne un dato giorno formalmente diffidato, fissa il suo obbligo della restituzione dei frutti, non al momento della trascrizione del precetto immobiliare notificato al debitore, ma al momento posteriore (più o meno prossimo, secondo la maggiore o minore diligenza degli stessi creditori interessati) della notificazione di tal precetto trascritto al terzo possessore, congiunto alla intimazione del paga o rilascia, di cui nell'art. 2014. Ecco tutto il contenuto della prima parte dell'art. 2021, il quale dispone: « I frutti dell'immobile ipotecato non sono dovuti dal terzo possessore *che dal giorno in cui fu a lui intimato il precetto trascritto di fare il pagamento o il rilascio...* ». E s'intende, tanto se la espropriazione prosegua contro il terzo possessore che non rilascia, quanto se

diretta contro lo speciale amministratore in caso di rilascio, non vi essendo motivo di distinguere. Se non che è naturale che in caso di rilascio il terzo possessore non deve effettivamente restituire che i frutti da lui percepiti sino alla consegna dell'immobile all'amministratore, degli ulteriori dandone conto costui medesimo, ma sempre però in nome del terzo che è l'espropriato.

5. Soggiunge nello stesso primo comma l'art. 2021: « se la preposta istanza fosse stata abbandonata per lo spazio di un anno, i frutti sono dovuti soltanto *dal giorno in cui sarà trascritta la rinnovata intimazione* ». A termini dell'ultimo comma dell'articolo 2085, se la istanza di espropriazione è abbandonata per lo spazio di un anno, cessano gli effetti della trascrizione del precetto che riguardano, fra l'altro, l'immobilizzazione dei frutti, nella quale noi abbiam veduto fondarsi l'obbligo della restituzione dei frutti dello immobile ipotecato da parte del terzo possessore. Perenta dunque la istanza di espropriazione, il terzo possessore si trova di nuovo nella posizione in cui si trovava prima, nella condizione cioè di godere dei frutti; ed occorre che i creditori rifacciano tal quale la loro procedura, perchè il terzo possessore, e solo dal momento della rinnovata procedura, torni ad essere in obbligo della restituzione dei frutti.

Questa seconda parte del primo comma dell'art. 2021 è applicabile, come la prima, tanto al terzo possessore che abbia conservato l'immobile nelle sue mani, quanto al terzo possessore che lo abbia rilasciato, nè la legge distinguendo, nè essendovi ragione di distinguere. E questo, come già si dichiarava nella Lezione XXXV, dimostra ancora più che il rilascio non include abbandono e perdita di proprietà; perchè se il terzo possessore può godere dei frutti dell'immobile anche pel tempo in cui non ne ha avuto il possesso, vuol dire che egli li gode a titolo di proprietario di siffatto immobile, non se ne potendo concepire altro. L'amministratore dunque deve restituire egli al terzo possessore i frutti esatti, quando per lo spazio di un anno, dal giorno in cui ha ricevuto l'immobile in custodia, è stata dai creditori abbandonata la istanza di espropriazione.

6. Provvidamente il capoverso del nostro art. 2021 determina il *dies a quo* della restituzione dei frutti anche nel caso della purga, che, per non essere espressamente contemplato nel diritto anteriore, dava luogo a gravi dubbii e controversie. Perocchè, mentre da una parte alcuni, che nella vendita dello immobile in seguito all'istanza di purga ravvisavano la risoluzione *ex tunc* del titolo di acquisto del terzo possessore, gli accordavano nondimeno il godimento dei frutti a titolo di possessore di buona fede, che in verità in lui non concorre; dall'altra parte, altri, che, giustamente scartando il concetto della retroattiva risoluzione del titolo di acquisto, attribuivano i frutti al terzo possessore in virtù del suo diritto di proprietà, glieli attribuivano sino al giorno dell'aggiudicazione dello immobile, nel qual giorno soltanto egli cessava di esserne proprietario; trovandosi così il terzo possessore, che istituiva il giudizio di purga, in miglior condizione del terzo possessore, che rilasciava l'immobile, o che se ne faceva espropriare personalmente. Ora, il nostro codice ha risoluta la questione, ed in modo che la condizione del terzo possessore riguardo alla restituzione dei frutti resta sempre la medesima, quale che sia la procedura la quale porti alla vendita agl'incanti dell'immobile.

Esso dispone: « Nel caso di purgazione per parte del terzo possessore i frutti sono *pure* dovuti *dal giorno della trascrizione del precetto*, o in mancanza *dal giorno della notificazione fatta in conformità degli articoli* 2043 e 2044 ». Cominciamo intanto con avvertire, che qui la legge suppone una istanza di purgazione, cui poscia tenga dietro la vendita all'incanto; perocchè se l'offerta di pagamento del terzo possessore è accettata dai creditori, non sarà più questione di restituzione di *frutti*, i quali seguono la sorte dello immobile che li produce; ma di corrisponsione d'*interessi legali* che li sostituiscono, in conformità delle spiegazioni fornite nella Lezione XXXVII.

Avvenuta quindi la vendita, richiesta dai creditori ipotecarii contro l'offerta di purga del terzo possessore, la legge fa in lui decorrere l'obbligo della restituzione dei frutti da due diversi momenti, secondo che gli uni o l'altro interessato prendano l'iniziativa

del regolamento dei loro rapporti giuridici. Così, se i creditori spiegano essi per i primi la loro azione ipotecaria a termini dell'articolo 2014, segua poi o non segua un'offerta di purga da parte del terzo possessore, questi deve restituire i frutti *dal giorno*, dice il capoverso dell'articolo 2021, *della trascrizione del precetto;* ma è evidente che esso in sostanza vuol dire *dal giorno della notificazione al terzo possessore del precetto trascritto, congiuntamente alla intimazione di pagare o di rilasciare*, com'è stabilito nel primo comma dell'articolo. Difatti, se un'offerta di purga non accettata dai creditori non può privare costoro del diritto ai frutti, quale ad essi competerebbe se quell'offerta non fosse fatta; nemmeno tale offerta non accettata può spostare l'epoca, dalla quale decorre il diritto dei creditori ai frutti; l'epoca cioè dalla quale cotesto diritto decorrerebbe, se l'offerta non fosse fatta. La ragione della disposizione è identica, e la identità la dimostra anche la parola dello stesso capoverso dell'art. 2021; il quale dice, che nel caso di purgazione i frutti sono *pure* dovuti dal giorno della trascrizione del precetto; quel *pure* riferendosi alla stessa epoca della restituzione dei frutti, della quale si tratta nel primo comma dell'articolo, in cui appunto si suppone che il terzo possessore si limiti a rilasciare l'immobile o a farsene espropriare nelle sue mani.

7. Se invece i creditori ipotecarii sono stati prevenuti nella loro istanza dall'offerta di purga del terzo possessore, ed è ciò cui allude il capoverso dell'art. 2021, quando dice « *o in mancanza* » (in mancanza cioè di precetto, e di trascrizione di precetto, e di notificazione del precetto trascritto unita alla intimazione al terzo possessore di pagare o rilasciare), i frutti saranno da lui dovuti dal giorno di quell'offerta, ch'è consacrata nelle notificazioni di cui negli art. 2043 e 2044. La legge dunque parifica, per l'obbligo della restituzione dei frutti, questo atto spontaneo del terzo possessore, col quale egli riconosce e provoca il diritto dei creditori ipotecarii sullo immobile, a quello col quale costoro si fanno essi per i primi a dimandarne l'attuazione. E giustamente, perchè il terzo possessore, che sente egli stesso il bisogno, o avverte l'opportunità, di purgare

l'immobile acquistato dalle ipoteche iscritte, è più che diffidato del diritto dei creditori ipotecarii di far valere le loro ragioni su di esso; e quindi diffidato del godimento dei frutti, che s'immobilizzano nel fondo quando si attiva l'azione ipotecaria. L'offerta del terzo possessore è un punto di partenza per la vendita all'incanto (art. 2041 e 2045), così come lo è la intimazione iniziale dei creditori (art. 2014); e quindi così l'una come l'altra devono conservare inalterata la posizione delle parti interessate. D'altronde, se quando la sua offerta di purga è accettata egli deve da tal momento gl'interessi sulla somma offerta, non si vedrebbe perchè egli non dovrebbe i frutti dell'immobile dalla stessa epoca, quando la sua offerta non fosse accettata ed i creditori insistessero per la vendita.

8. A complemento di questo argomento della restituzione dei frutti e pagamento d'interessi da parte del terzo possessore che istituisce giudizio di purgazione, seguito o non seguito dalla vendita all'incanto; argomento trattato in modo assai confuso e assai variamente risoluto, specialmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese, colpa in parte del silenzio del codice Napoleone; a complemento di esso, alle cose qui innanzi dette, ed a quelle osservate nella Lezione XXXVII, aggiungiamo le seguenti considerazioni. Il terzo possessore non paga all'alienante il prezzo dello immobile *fruttifero* acquistato; e quindi su tal prezzo egli deve di pieno diritto gl'interessi dal momento dell'acquisto sino a quello del pagamento (art. 1509). E supponiamo ch'egli non paghi nemmeno questi interessi. Dopo tre o quattro anni, questo terzo possessore, intimato o no dai creditori ipotecarii, istituisce giudizio di purgazione. Noi abbiamo veduto che, o la sua offerta è accettata, ed egli deve gl'interessi legali sul prezzo dal giorno della intimazione dei creditori o dal giorno della offerta, sino a quello della distribuzione del prezzo o della consegna di esso nelle pubbliche casse; o l'offerta non è accettata, ed egli deve restituire i frutti percetti sin da quel giorno all'altro nel quale perde il possesso dello immobile. Ma *quid* degli interessi già scaduti sul prezzo a termini dell'art. 1509 prima che qualunque procedura si fosse iniziata fra il terzo possessore ed i cre-

ditori ipotecarii? Evitto o non evitto che egli sia dello immobile, non accettata cioè o accettata la sua offerta di purga, dovrà loro pagare cotali interessi, perchè eglino vi esercitino la prelazione ipotecaria sino a concorrenza delle loro ragioni? No. Egli è debitore di una somma che spetta all'alienante, e che entra nella massa dei beni di costui, sulla quale tutti i suoi creditori hanno diritto di concorrere a parità di ragioni (art. 1949). Quegl'interessi rappresentano i frutti dell'immobile prodotti dal giorno della vendita sino a quella in cui l'azione ipotecaria dei creditori si è messa in moto; e noi abbiam veduto che l'ipoteca non colpisce di per sè, cioè pel solo fatto e dal momento della sua costituzione, i frutti dell'immobile ipotecato. I creditori ipotecarii quindi non hanno alcun diritto speciale sopra quegli interessi, così come nessun diritto speciale avrebbero avuto sugl'interessi che il loro debitore avesse riscossi puntualmente dal prezzo dell'alienazione, o ritirati dal capitale che, pagatogli dal compratore, egli avesse a suo modo investito.

LEZIONE QUARANTESIMAQUARTA

SOMMARIO: Del *regresso* del terzo possessore, comunque molestato dai creditori iscritti, contro il debitore ipotecario, o contro l'alienante, se questi è una diversa persona. — Del regresso *a titolo di garentìa per evizione.*

1. Ultima disposizione, che disciplina i rapporti giuridici del terzo possessore con gli altri interessati, in seguito all'esperimento dell'azione ipotecaria, è quella dell'art. 2022, la quale tratta del regresso a lui competente. Avvertiamo subito che cotesta disposizione, non diversamente che le altre di cui fin qui ci siamo occupati, si riferisce anche al caso della purga, benchè staccata dalla Sezione X, nella quale è regolato il giudizio di purgazione, e benchè essa parli del caso di pagamento, di cui all'art. 2013 al quale tiene dietro, e

del caso della *espropriazione*, promossa e proseguita dai creditori, o contro il terzo possessore personalmente, o contro l'amministratore in caso di rilascio. Insistiamo sempre nel concetto, che bisogna aver riguardo al risultato finale dell'azione ipotecaria, e non alle fasi della procedura che lo preparano. Il terzo possessore paghi in un modo o paghi in un altro, resta sempre il fatto d'un pagamento eseguito da persona diversa dal debitore. Il pagare in un modo o in un altro può avere influenza riguardo ad ulteriori esplicazioni del rapporto ipotecario; ma è indifferente rispetto ad un regresso, cui il pagare, di per sè, possa o non possa dar luogo. Che il terzo possessore vegga messo l'immobile all'incanto contro una sua offerta di purga, o in assenza di cotesta sua offerta, è certo che egli ne soffre la identica evizione, e gli effetti propri di questa evizione non possono essere che identici; ora, fra tali effetti entra l'azione di regresso. Nessun dubbio quindi riguardo al principio, così formulato nella sua generalità. Ma rispetto al modo ed alla estensione del regresso, certo che le diverse procedure, nelle quali si è messo il terzo possessore, influiscono nel determinarli; perchè le diverse situazioni di fatto producono altrettante diverse situazioni di diritto, in quanto le une siano necessariamente connesse alle altre.

Epperò noi verremo studiando questo argomento, il più complicato di tutti, ma certo il meno chiaramente e sistematicamente discusso nella materia ipotecaria, esaminando ad uno ad uno i partiti che il terzo possessore ha adottato di fronte all'azione ipotecaria dei creditori.

2. L'art. 2022 dispone: « Il terzo possessore che ha pagato i crediti iscritti, rilasciato l'immobile o sofferta la espropriazione, *ha ragione d'indennità verso il suo autore*.

« *Ha pure azione in via di subingresso contro i terzi possessori* di altri fondi sottoposti ad ipoteca per gli stessi crediti, ma contro quelli solamente che sono a lui posteriori di data nella trascrizione del loro atto di acquisto, e può far eseguire la relativa annotazione in conformità dell'art. 1994 ».

Oltre che dai principii, risulta anche dalla lettera della legge, che

qui trattasi di due distinti regressi competenti al terzo possessore, benchè in fatto essi possano coincidere e confondersi per le persone e per i beni contro cui si esercitino; cioè, un regresso a titolo di ripetizione di quanto una persona paghi per la liberazione di un'altra, nei cui diritti vien surrogata (art. 1033, 1251 e seg.); ed un regresso a titolo di garentia per evizione, la quale ordinariamente non ha luogo che nei contratti commutativi (art. 1481 e seg., 1552, 1077). L'una azione di regresso è esercitata dal terzo possessore, come pagatore, contro il debitore ipotecario, ed in tale qualità di debitore, e nei limiti del pagamento operante la liberazione di costui; sia poi il terzo possessore acquirente a titolo gratuito, lo sia a titolo oneroso, per atto tra vivi, o per atto a causa di morte. L'altra azione di regresso è esercitata invece dal terzo possessore, come acquirente evitto, contro il suo autore, e nella di costui qualità di alienante, ed in tutta la larghezza che comporta il principio del risarcimento dei danni ed interessi, spese, ecc., secondo le disposizioni di legge relative alla obbligazione di garantia; ma solo normalmente dal terzo possessore che sia acquirente a titolo oneroso, e quindi non dal donatario o dal legatario. Di più, l'autore del terzo possessore può essere una persona diversa dal debitore ipotecario, come, per esempio, il terzo datore d'ipoteca, o un precedente acquirente dello stesso immobile. In tale incontro le due azioni, che nascono a favore del terzo possessore nei casi indicati dall'art. 2022, si mantengono distinte, non solo per il loro intimo titolo e contenuto, ma anche per le persone contro cui sono esercibili; in guisa che non vanno a conglobarsi e fondersi insieme come nell'altro caso, quando spettassero tutte e due al terzo possessore.

3. Eliminiamo intanto i casi nei quali nessuna azione di regresso spetta al terzo possessore, onde meglio facevano i Codici precedenti nel dichiarare che l'azione d'indennità gli spettava « *come di diritto* »; appunto perchè talvolta può mancargli ogni ragione di siffatta indennità per i principii di diritto. L'acquirente a titolo oneroso dello immobile ipotecato paga a norma dell'art. 2023, o a norma dell'art. 2046; nessuna azione di regresso gli compete; non

quella in garentia per evizione, perchè egli resta pacifico proprietario dello immobile; non quella di surrogazione per pagamento, perchè egli ha pagato ciò che doveva, sdebitandosi così della propria obbligazione. E nemmeno ha alcun regresso se, acquirente a titolo gratuito, abbia assunto l'obbligazione personale di pagare i creditori iscritti, come peso e condizione della ricevuta liberalità; perchè, o si lasci espropriare, o paghi, egli risponde sempre di una obbligazione propria, all'adempimento della quale è tenuto con i suoi beni e con tutti i suoi beni.

Ma in tutti gli altri rincontri, il terzo possessore, che conservi tal sua qualità, e che in un modo qualunque risponda della obbligazione ipotecaria altrui, ha un regresso da esercitare, che, come dicevamo, poggia sopra due diversi titoli, secondo le diverse circostanze in mezzo a cui sorge.

4. Il terzo possessore a titolo oneroso è evitto dello immobile con la vendita all'incanto, seguita, sia per espropriazione forzata contro di lui o contro l'amministratore in caso di rilascio, sia per aumento di decimo sulla sua offerta di purga; l'azione in garentia per evizione gli spetta a norma degli art. 1486 e seg. Invano si opporrà, per limitare la garentia alla sola restituzione del prezzo pagato dal terzo possessore al venditore, ed escluderla per il risarcimento dei danni ed interessi, che, la ipoteca essendo pubblica, il terzo possessore è avvisato, o ha potuto essere avvisato del pericolo della evizione cui andava incontro; così come nel caso di una servitù apparente, o di una servitù non apparente dichiarata espressamente dal venditore (art. ed arg. art. 1482, 1485, 1494). Vi è infatti una differenza su tal proposito fra la servitù e l'ipoteca. L'una è un diritto reale nel senso più assoluto e più semplice della parola, gravitante cioè direttamente ed esclusivamente sullo immobile servente, considerato nella sua materialità; epperò tale che segue necessariamente ed obbiettivamente il fondo in tutti i suoi trapassi di proprietà. La ipoteca invece è un diritto reale di garentia, la quale suppone una obbligazione, di cui, sempre come garentia, risponde il valore dello immobile. Ora, siccome questo valore può essere

rappresentato e sostituito da una somma corrispondente, che fornisca l'alienante direttamente al suo creditore; e siccome la obbligazione garentita d'ipoteca resta sempre del debitore, nonostante il trapasso di proprietà dello immobile ipotecato; così l'acquirente, benchè a conoscenza del vincolo, ha ragione di aspettarsi e di pretendere che l'alienante ne lo liberi, prendendo accordi o tacitando i creditori iscritti; ciò che non facendo vien meno ad un suo dovere, e d'onde la sua responsabilità pel risarcimento dei danni. Ad escludere perciò cotesta responsabilità è necessaria un'espressa clausola di non garentia per la eventualità della evizione; o per lo meno la dichiarazione espressa nel contratto di alienazione della esistenza del vincolo ipotecario; dichiarazione che la si può appunto interpretare, se altro non vi si opponga, come una clausola di non garentia pel risarcimento dei danni, non potendo avere altro scopo questo avviso che dà l'alienante all'acquirente della semplice esistenza di una ipoteca, risultante già dai pubblici registri. Sono salve poi naturalmente le speciali convenzioni, con le quali l'alienante avesse esclusa qualsiasi sua garentia, anche per la restituzione del prezzo; come quando, per esempio, la vendita abbia assunto un carattere aleatorio, in conformità del quale sia stato stipulato un prezzo inferiore al reale valore dello immobile (art. 1483).

5. Riguardo all'esercizio di coteste azioni di rivalsa, la legge consacra nell'art. 2049 una disposizione speciale in favore del terzo possessore evitto, dello immobile in seguito alla vendita chiesta dai creditori contro la sua offerta di purga. Ivi è detto: « il compratore all'incanto, oltre al pagamento del prezzo dell'acquisto e di ogni relativa spesa, è obbligato a rimborsare l'anteriore acquirente (il terzo possessore) delle spese del suo contratto, della trascrizione, della iscrizione voluta dall'art. 2042, dei certificati del conservatore, della notificazione e della inserzione. Sono pure a carico dello stesso compratore le spese fatte per ottenere l'incanto ». A norma di diritto, coteste spese dovrebbero essere rimborsate al terzo possessore dal suo alienante, perchè comprese nell'azione di garentia per evizione, a termini dell'art. 1486. Invece l'art. 2049 le mette a

carico dell'aggiudicatario. Da questa disposizione hanno creduto trarre nuovo argomento i sostenitori della risoluzione *ex tunc* del dominio del terzo possessore evitto in seguito al giudizio di purga; loro sembrando che la legge in tanto mettesse quelle spese a carico dell'aggiudicatario, in quanto appunto costui verrebbe ad essere il diretto ed immediato acquirente dell'alienante; e quindi obbligato alle spese fatte dal precedente acquirente, come se fatte da lui medesimo pel proprio titolo di acquisto. Ma questa interpretazione dell'art. 2049, oltrechè esclusa dal principio da noi precedentemente combattuto della suddetta risoluzione, è in se stessa erronea ed arbitraria, poggiando sopra un artifizio di induzioni e di deduzioni per lo meno non necessarie. Il vero è che la legge ha creduto soccorrere direttamente il terzo possessore dandogli azione contro l'aggiudicatario, ch'è persona solvibile, anzichè contro l'alienante, il quale, per l'ordinario, appunto perchè lascia evincere dai suoi creditori il suo acquirente, mostra già di essere insolvibile, o presso a poco. Di più, il terzo possessore a titolo gratuito per le spese da lui fatte a causa dell'acquisto e del giudizio di purga non troverebbe ragione di rivalsa nell'art. 1486, non avendo egli azione di garentia per evizione, e neppure la troverebbe nel subingresso al creditore soddisfatto col prezzo della vendita dello immobile, limitato come il subingresso è alle somme pervenute da tale prezzo al creditore. Ora la legge, non volendo lasciarlo senza un più sicuro rimedio, che non fosse quello troppo vago della responsabilità del danno ingiustamente recato ad altri, ha provveduto con la disposizione dell'art. 2049. La quale poi non pregiudica neppure, nè in diritto, nè in equità, la posizione dell'aggiudicatario; il quale, da una parte terrà conto di questa sua obbligazione per offrire tanto di meno all'incanto come prezzo dell'acquisto, ricadendo perciò essa in definitiva a carico dei creditori istanti; e dall'altra parte, essendo spese che precedono e che preparano la vendita all'incanto, costituente il suo titolo d'acquisto, possono entrare fra le spese proprie di tal titolo, e quindi da lui dovute a norma dell'art. 1455. Resta ora il dubbio se la disposizione dell'art. 2049 si applichi anche al terzo possessore *espropriato* dello immobile, lo abbia o non lo abbia rilasciato. Ma

non lo si può risolvere che negativamente, perchè trattasi sempre di una disposizione eccezionale, incapace di estensiva interpretazione; e la eccezionalità la si rinviene anche nei motivi di essa, essendo potuto sembrare al legislatore più degna di protezione la sorte di quegli, che nulla trascura per conservare l'immobile a fine di pagarne il valore, anzichè di quegli, che alle ingiunzioni dei creditori risponde col silenzio, o con l'abbandono dello immobile.

6. Altra disposizione speciale al terzo possessore, evitto in seguito al giudizio di purga, è quella dell'art. 2052, che gli accorda il regresso nei seguenti termini: « l'acquirente, che è divenuto compratore all'incanto, ha regresso contro il venditore pel rimborso di ciò che eccede il prezzo stipulato nel suo contratto, e per gli interessi di tale eccedenza dal giorno di ciascun pagamento ». È sempre questo il regresso a titolo di garentìa, come già accennammo nella Lezione XXXIX, perchè egli è realmente evitto del suo primo titolo di acquisto che è il contratto; e se resta proprietario dell'immobile, o meglio lo diventa di nuovo, è per il secondo titolo di acquisto, che è la sentenza di aggiudicazione. Senonchè, il fatto che il terzo possessore conserva realmente l'immobile nelle sue mani per uno sborso di danaro, dato in di più del prezzo di cui egli era debitore, limita la garentìa dell'alienante solo al rimborso di tale eccedenza e degli interessi che sulla stessa eccedenza decorrono dal giorno di ciascun pagamento, eseguito dal terzo possessore sulle note di collocazione dei creditori istanti. L'art. 2052 non fa che applicare in una ipotesi speciale il principio generale della garentìa. Difatti, supponiamo che il terzo possessore acquisti pel prezzo di 20,000 l'immobile coperto d'ipoteche per 30,000. Dopo alcuni anni l'acquirente istituisce giudizio di purgazione, offrendo il prezzo stipulato di 20,000. I creditori invece rincarano del decimo, dimandando la vendita agli incanti. All'atto della vendita si trova che l'immobile è aumentato di valore per 5000, a causa dei miglioramenti in esso recati dal terzo possessore, e per altri 5000, a causa di un evento fortuito, un avvenimento cioè che non sia l'opera del terzo possessore: la apertura di una nuova strada, un rialzo generale del valore della

proprietà immobiliare, ecc., in guisa che il fondo è aggiudicato all'asta per 30,000. Orbene, o il terzo possessore aveva già pagato all'alienante il prezzo stipulato di 20,000, ed egli ha diritto d'essere rimborsato per 30,000, prelevando cioè 5000 dal prezzo della vendita, come valore dei miglioramenti da lui fatti (art. 2020), ed acquistando azione in garentia per 25,000 contro l'alienante (articoli 1486 e 1489). O egli non aveva pagato ancora il prezzo stipulato di 20,000, qual è il caso ordinario del terzo possessore che intende purgare, ed avrà diritto di essere rimborsato per 10,000, nel modo sopra indicato, cioè per 5000 a termini dell'art. 2020, e per altri 5000 a termini dell'art. 1489. A questo caso corrisponde perfettamente l'altro contemplato nell'art. 2052, perchè riguardo allo alienante è indifferente che aggiudicatario dello immobile subastato resti il suo medesimo acquirente, o lo sia un altro; una volta che l'immobile è sempre venduto per uno stesso prezzo, maggiore di quello stipulato nel contratto, ed una volta che la vendita all'incanto produce sempre la evizione del titolo contrattuale di acquisto del terzo possessore. Il quale, reclamando l'eccedenza sul prezzo stipulato, dovuta pagare per conservare l'immobile nelle sue mani, non fa che ottenere l'indennizzo che gli sarebbe spettato, se un altro, invece di lui, si fosse portato agli incanti aggiudicatario dello immobile. E tutto questo poi è anche giusto, perchè alla fin fine con la eccedenza pagata dal terzo possessore l'alienante si trova di altrettanto liberato verso i suoi creditori, e perciò, non indennizzandonelo, egli si arricchirebbe a spese altrui. Certo che se il debitore non avesse alienato l'immobile, il maggior valore che questo oggi presenterebbe, per gli eventi che ne hanno migliorato la condizione, sarebbe tutto a suo profitto; ma egli lo ha liberamente alienato e deve subire le conseguenze del fatto proprio, lasciando cioè godere di quell'aumento di valore il suo acquirente, ch'era divenuto il proprietario dell'immobile.

7. A differenza dell'art. 2049, in quanto concerne il rimborso delle spese dovuto al terzo possessore evitto in seguito alla sua istanza di purga, l'art. 2052, in quanto concerne il rimborso del

prezzo o della eccedenza del prezzo stipulato, è applicabile anche al terzo possessore che subisce la ordinaria espropriazione, e che si porta all'asta aggiudicatario dello immobile; perchè la disposizione dell'art. 2052 riposa sui principii generali della garentia per evizione, applicabili in tutti i rincontri nei quali se ne presenta la occasione.

Finalmente, appunto perchè il regresso di cui nell'art. 2052 è a titolo di garentia, discende che il terzo possessore lo eserciterà contro l'alienante anche per tutte le spese del suo primo titolo di acquisto, a norma dell'art. 1486; almeno in quanto esse raggiungano l'ammontare delle spese della vendita all'incanto, che costituisce il suo nuovo titolo di acquisto, non dovendo egli sopportare le spese di due titoli, dei quali l'uno resta inefficace pel fatto dell'alienante, che non ha saputo impedire l'evizione, e che appunto per questo risponde in garentia.

8. Possiamo ora supporre che l'acquirente, il quale ha già pagato il suo prezzo all'alienante, non voglia lasciarsi espropriare dai creditori ipotecari di costui, e nemmeno voglia istituire giudizio di purga, che può da parte di quelli provocare la vendita all'incanto dello immobile. Allora egli si decide a pagare col suo proprio danaro i creditori istanti, evitando a tal modo la evizione. Ha in tal rincontro il terzo possessore l'azione di garentia contro il suo autore? A rigore di diritto sì, perchè giuridicamente parlando egli l'evizione dello immobile l'ha sofferta; in quanto che se pure ne conserva effettivamente la proprietà, non è però in forza del puro e semplice suo titolo di acquisto, ma in virtù benanche d'un secondo sborso di danaro di cui fa il sacrifizio, così come se egli acquistasse una seconda volta lo immobile medesimo. Ma poichè in sostanza nel caso configurato il danno dell'acquirente si riduce a cotesto sborso di danaro, così egli ne resta indennizzato coll'ottenere soltanto la restituzione della somma pagata, degli interessi, e di tutte le spese occorse per la tacitazione dei creditori; l'azione in garentia non dovendo essere per lui una fonte di lucro (art. 1496). Gli è allora come se l'acquirente, anzichè agire in garentia propriamente detta,

agisce in regresso per surrogazione nei diritti dei creditori soddisfatti, il contenuto e l'estensione della sua rivalsa restando eguali così nell'una come nell'altra azione. E di cotesto subingresso, di cui pur gode il terzo possessore in genere, unitamente all'azione di garentia quand'egli è acquirente a titolo oneroso, come sin qui siamo venuti supponendo, ci occuperemo nelle seguenti Lezioni.

Lezione Quarantesimaquinta

Sommario: Del regresso del terzo possessore contro il debitore ipotecario *a titolo di surrogazione legale* nei diritti ed ipoteche del creditore soddisfatto. — Coordinamento degli art. 1253, n. 2 e 3, e 2022 del Codice civile.

1. Il terzo possessore a titolo oneroso, che in un modo qualunque ha sofferto l'evizione dello immobile, o l'ha evitata pagando i creditori iscritti, oltre l'azione in garentia, di cui si è parlato nella precedente Lezione, ha l'azione per surrogazione legale nei diritti dei creditori soddisfatti, a termini del capoverso dell'art. 2022 e 1253, n. 2 e 3. Se, come già si avvertiva, l'autore del terzo possessore è un altro che il debitore, per la obbligazione del quale l'ipoteca veniva costituita, l'acquirente dello immobile ipotecato eserciterà, secondo più gli convenga, l'azione in garentia contro l'uno, o l'azione in surrogazione contro l'altro; perchè se quella è più ampia, comprendendo il risarcimento dei danni, questa è più efficace, essendo protetta dalle stesse speciali garentie di cui era tutelato il credito del surrogante, mentre poi nel suo contenuto è circoscritta al valore di tal credito in concorrenza della somma effettivamente pagata dal terzo possessore, vuoi se sborsata da costui direttamente, vuoi se ricavata dalla subastazione dello immobile ipotecato, divenuto sua proprietà. Di guisa che il terzo possessore può anche esercitare l'una dopo l'altra le due azioni, onde conseguire nel complesso tutto ciò

che gli è dovuto nella misura della garentia per evizione, cui ha diritto. Se poi l'alienante è lo stesso debitore ipotecario, allora l'azione in surrogazione del terzo possessore resta assorbita nella sua azione in garentia, per quanto riguarda il fondamento del suo diritto ad indennità; ma per ciò che si attiene alle garentie di questo indennizzo, nei limiti innanzi indicati, l'azione di surrogazione legale continua a mantenersi distinta dall'azione in garentia, ed il terzo possessore può prevalersene così come nel caso precedente, la legge non distinguendo, nè vi essendo ragione a distinguere.

2. Il terzo possessore invece a titolo gratuito, donatario o legatario, normalmente altra azione d'indennità non ha che quella di surrogazione, mancandogli l'altra in garentia (art. 1077), e così se il suo autore sia lo stesso debitore ipotecario, come se lo sia un altro. Soltanto, ove il donatario o legatario abbia ricevuto l'immobile da uno, cui il debitore ipotecario lo aveva alienato a titolo oneroso, egli potrà contro costui esercitare quella stessa azione in garentia, che avrebbe potuto esercitare il suo donante, se questo medesimo fosse stato evitto; perchè il donante con la proprietà dell'immobile trasmette al donatario tutte le azioni a lui competenti e pertinenti allo stesso immobile.

Niun dubbio poi che l'azione di regresso per surrogazione legale spetti al terzo possessore a titolo gratuito, sia perchè l'art. 2022 parla di terzo possessore in genere, come pure il n. 3 dell'art. 1253, e sia perchè l'art. 1033 l'attribuisce espressamente al legatario, ed al quale non può certo farsi un trattamento diverso e migliore che al donatario.

3. Ciò premesso, vediamo in qual modo il nostro Codice civile, sull'esempio di altri Codici italiani preesistenti, regola praticamente questo subingresso del terzo possessore, consacrando un sistema di cui il Codice francese non presenta alcuna traccia, e di cui naturalmente quella dottrina e quella giurisprudenza non hanno alcuna notizia.

È innanzi tutto da mettere in sodo che il subingresso del capo-

verso dell'art. 2022 si riannoda alla teoria della surrogazione legale dell'art. 1253; tanto vero che tutta la dottrina e la giurisprudenza del diritto anteriore riporta l'argomento del regresso del terzo possessore, evitto dall'azione ipotecaria, sotto il governo degli articoli dei rispettivi Codici rispondenti al nostro art. 1253. Ma al tempo stesso la disposizione dell'art. 2022 capoverso deroga profondamente a quella dell'art. 1253; derogazione di tale importanza, che dà appunto luogo ad un nuovo sistema di surrogazione. Occorre perciò esaminare preventivamente il sistema di surrogazione che emerge dal solo art. 1253, non potendosi altrimenti cogliere la piena intelligenza dell'altro.

Trascurando l'esame del n. 1 dell'art. 1253, che pel nostro intento non ha importanza, troviamo che a termini del n. 2 di detto articolo la surrogazione legale ha luogo « a vantaggio di colui che avendo acquistato un immobile, sino a concorrenza del prezzo del suo acquisto paga uno o più creditori, a favore dei quali il fondo è ipotecato ». Ed a termini del n. 3 la surrogazione ha pur luogo « a vantaggio di colui che, essendo obbligato con altri o *per altri* al pagamento del debito, aveva interesse a soddisfarlo ». Ora, si comincia col domandare: chi è quegli che, essendo obbligato *per altri* al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo, e soddisfatolo ottenga la surrogazione legale nei diritti del creditore pagato? Si risponde, tranne qualche raro dissenso, oltre che il fideiussore e il terzo datore di ipoteca, è l'acquirente dello immobile ipotecato, il terzo possessore; perchè, se egli non paga il debito per il debitore corre rischio di vedersi espropriato dell'immobile; quindi ha interesse a pagare ed è costretto a pagare. Non vale il dire che il terzo possessore, appunto perchè terzo, non è *obbligato* a pagare, come dice il n. 3 dell'articolo 1253; perchè la espressione *obbligato* qui ha quello stesso senso relativo, per cui nell'art. 2014 il terzo possessore è considerato obbligato, onde il creditore possa ingiungergli di pagare il debito altrui. Obbligato non vuol dir altro, rispetto al terzo possessore, che costretto per un proprio legittimo interesse a pagare un debito non proprio. Ma si osserva che a tal modo l'acquirente dello immobile ipotecato trovasi contemplato ripetutamente nei n. 2 e 3 dell'arti-

colo 1253, di guisa che per lo meno il n. 2 è affatto superfluo. E quindi potrebbe obbiettarsi che non dovendo ammettersi, sino a prova contraria, tale scorrettezza e trascuratezza di redazione del testo legislativo, non si avesse a comprendere nel n. 3 l'acquirente dell'immobile ipotecato, restando in esso compreso il solo fideiussore e condebitore solidale, e tutto al più il terzo datore d'ipoteca. Al che di rimando torniamo ad obbiettare che in tal modo resterebbe senza soccorso l'acquirente a titolo gratuito, il n. 2 dell'art. 1253 non parlando che dell'acquirente a titolo oneroso e, non potendosi estenderlo all'altro per analogia, trattandosi d'istituto di *jus singulare*. D'altra parte, nessuno dubita che anche all'acquirente a titolo gratuito, evitto dell'immobile ipotecato, o che paga il creditore ipotecario per evitare la evizione, spetti la surrogazione legale nei diritti di costui, come già osservammo; e dove altro mai se non nel n. 3 dell'art. 1253 tal surrogazione si poggerebbe in favore del donatario?

4. Il vero è invece che il legislatore non è responsabile di alcuna scorrettezza di redazione dell'art. 1253; nè il n. 2 trovandosi compreso nel n. 3, nè il n. 3 escludendo dal beneficio della surrogazione il terzo possessore. Nei n. 2 e 3 dell'articolo si contemplano due situazioni di fatto e di diritto assai diverse, e di cui diversi sono pure gli effetti della surrogazione, che la legge in quelle due ipotesi stabilisce. Trattasi nel n. 2 di un *compratore* (terzo possessore a titolo oneroso), che ha tuttora nelle sue mani il prezzo della vendita stipulato, e che, volente o nolente il venditore, debitore ipotecario, paga quel prezzo ad uno o più creditori primi iscritti di costui (non tutti), aventi ipoteca sull'immobile oggetto della vendita. È la ipotesi già da noi studiata sotto un altro punto di vista nelle Lezioni XXXII e XXXIII.

Trattasi invece nel n. 3 di un donatario o legatario (terzo possessore a titolo gratuito), o anche di un compratore, che nulla devono al loro alienante, il primo per la natura stessa del suo titolo lucrativo, il secondo per aver già pagato il prezzo al venditore. Nondi meno, e l'uno e l'altro, per sfuggire all'azione ipotecaria dei creditori

iscritti sull'immobile acquistato, li paga a norma dell'articolo 2013, facendo così un secondo sborso di danaro. Ecco la ipotesi del n. 3, nella quale entra anche quest'altra: che cioè il compratore, pur dovendo ancora il prezzo al venditore, si trova costretto, per conservare l'immobile, a versare una maggior somma ai creditori, per essere il valore di tutti i crediti iscritti maggiore del prezzo stipulato dell'immobile, sul quale gravano le iscrizioni. È insomma il pagamento che pure studiammo nella Lezione XXXIII.

Da questa diversa situazione di fatto nasce, noi diciamo, una diversa situazione di diritto al terzo possessore, anche per gli effetti della surrogazione; in guisa che al legislatore è potuto sembrare opportuno tener distinte le due ipotesi.

Nella ipotesi del n. 2 dell'art. 1253, come l'abbiamo stabilita, manca al terzo acquirente la ragione giuridica di una surroga vera e propria, perchè egli ha pagato in sostanza ciò che doveva, il prezzo convenuto come corrispettivo dell'acquisto; egli dunque si è *sdebitato*, e perciò non gli sopravanza alcuna ragione di credito da far valere verso chicchessia, vuoi con azione sua personale, vuoi con *azioni trasmessegli da altri*. La surrogazione suppone il diritto ad un regresso per un pagamento fatto da chi non è l'onerato del contenuto della obbligazione; tanto vero che la legge dice di aver luogo la surrogazione convenzionale o legale a favore di un *terzo* che paga (art. 1251); *terzo* nel senso appunto che chi paga non paga per un fatto giuridico radicato esclusivamente nel *suo* patrimonio. Ora il compratore che paga il prezzo stipulato, o che lo versi nelle mani del suo venditore, o che, come suo gestore nel largo senso della parola, lo versi nelle mani dei creditori di costui, paga sempre il suo debito; toglie sotto forma di danaro quel valore che nel *suo patrimonio* è entrato sotto forma di un immobile; e, ristabilito così lo equilibrio, egli non ha più niente da dare o da ricevere da chicchessia. Nella ipotesi invece del n. 3 dell'articolo 1253, egualmente come noi l'abbiamo stabilita, al terzo acquirente che paga sopraggiunge subito, o piuttosto *sorge contemporaneamente*, la ragione della surroga; perchè egli ha pagato ciò di cui non dev'essere diminuito il suo patrimonio, e che perciò gli deve essere restituito da qual-

cuno; e questo suo diritto a ricostituirlo, che gli crea la propria ragione di credito, la legge glielo garentisce trasmettendogli anche, in quanto gli possano essere utili, le azioni della persona ch'egli ha pagato; persona che ha ricevuto si il suo, ma che poteva anche pretenderlo da altri, e propriamente da quegli sul patrimonio del quale gravava davvero il contenuto della obbligazione soddisfatta, cioè il debitore, che aveva sull'immobile costituito l'ipoteca.

5. Ma come intanto la legge accorda la surrogazione al terzo possessore che paga anche nella ipotesi del n. 2 dell'art. 1253? Lo vedemmo già nella Lezione XXXIII, ed é inutile ripeterci. Qui ripetiamo soltanto che la surrogazione del n. 2 ha un carattere di eventualità, di cui pure trattammo nella Lezione XLI, e poggia tutta sopra una doppia finzione: quella, cioè, di ritenere che il pagamento fatto dal compratore non sia *estintivo* della sua obbligazione, e nemmeno della obbligazione del venditore; ma che valga come prezzo di cessione delle ragioni e garentie del creditore soddisfatto, pel caso che a lui possa tornare utile esercitarle. Se non che cotesta anormalità ed eventualità della surrogazione del n. 2 dell'art. 1253 ne restringe necessariamente gli effetti, in rigorosa corrispondenza del suo scopo e del suo ufficio. Epperò, il compratore viene surrogato nella sola ipoteca del creditore soddisfatto iscritta sull'immobile da lui comprato, e non pure nelle altre ipoteche di tal creditore iscritte sopra altri immobili per la garentia dello stesso credito, trovinsi questi altri immobili nelle mani del medesimo debitore, o in quelle di altri terzi possessori. Difatti, rispetto a questi altri immobili egli non può trovarsi in conflitto con chicchessia, e mancherebbe perciò la ragione della surroga. Egli non può essere molestato che da altri creditori ipotecarii, diversi dal creditore dimesso, iscritti sull'immobile da lui comprato; ma per difendersi da queste molestie gli basta essere surrogato nella ipoteca del creditore dimesso, anteriore agli altri nell'ordine delle iscrizioni gravitanti su quello immobile. Anzi è già abbastanza ch'egli goda di questa limitata surrogazione, accordatagli dal n. 2 dell'art. 1253; il quale, non solo non è superfluo di fronte al n. 3, ma contiene una vera eccezione al principio fonda-

mentale della surrogazione. L'acquirente che paga al primo creditore iscritto il prezzo di acquisto, che deve al venditore, paga ciò che deve, e quindi non ha diritto a regresso, e tanto meno diritto a surrogazione; la quale non è altro che un mezzo ed un organo per attuare il regresso stesso, e per circondarlo di garentie, di cui sarebbe sfornita l'azione propria e diretta del pagatore. Che se questi possa più tardi soffrire l'evizione dell'immobile acquistato, per l'azione ipotecaria di un altro creditore iscritto non soddisfatto, *imputet sibi* di essere stato imprudente e di non aver istituito il giudizio di purgazione, mercè cui, con lo stesso prezzo stipulato per l'acquisto, avrebbe potuto ottenere la liberazione dell'immobile da tutte le ipoteche iscritte; o per lo meno avrebbe potuto salvare questo prezzo, ritenendolo nelle sue mani, quando la sua offerta non fosse stata accettata.

6. Ma ecco appunto dove la legge ha trovato un elemento di equità per accordare al terzo, che imprudentemente paga un creditore col prezzo del suo acquisto, una surroga parziale e speciale, tale cioè che sia proporzionata al grado della sua imprudenza. Questo terzo che, istituendo il giudizio di purgazione, si sarebbe messo al sicuro, merita una certa protezione, una volta che in sostanza egli sborsa quel prezzo medesimo che avrebbe sborsato con la purga. Egli non fa un guadagno, pagando in un modo anzichè in un altro, commette solo una imprudenza, come abbiamo detto; ed ecco che la legge, senza condonargliela del tutto, ne mitiga le conseguenze che ne deriverebbero a rigor di diritto. Supponiamo infatti che nel caso configurato nel n. 6 della Lezione XXXIII, i creditori *B* e *C* insistano per la vendita all'incanto dell'immobile, comperato da quegli che ne ha pagato il prezzo convenuto di 20,000 al creditore primo iscritto *A*. La deliberazione definitiva dell'immobile non dà invece che un prezzo di 15,000. Stando ai principii rigorosi di diritto, il compratore dovrebbe tollerare che questi 15,000 fossero distribuiti ai creditori *B* e *C*, ed a lui non resterebbe che l'azione in garentia per evizione contro il suo autore, più o meno per lui sicura secondo la solvibilità di questo. Invece pel n. 2 dell'art. 1253 il compratore

viene ad essere collocato egli stesso sul prezzo di aggiudicazione di 15,000, come surrogato nella ipoteca del creditore primo iscritto *A;* e così si assicura una parte notevole del prezzo di acquisto da lui sborsato. Ma per l'altra parte che resta scoperta, cioè per 5000, egli non conserva che il regresso in garentia contro il suo autore; e sarebbe esorbitante che volesse assicurarsela con la surrogazione nelle ipoteche che il creditore *A* avesse avuto sopra altri beni del debitore pel suo credito soddisfatto. Ed ecco come la surrogazione specialissima del n. 2 dell'art. 1253, limitata alle sole ipoteche iscritte sull'immobile comprato, costituite a favore dei creditori dimessi dal compratore, garentisce sì costui in derogazione ai principii, ma al tempo stesso e giustamente lo garentisce solo sino a concorrenza: del prezzo da lui sborsato ad un creditore iscritto, e del prezzo di vendita all'incanto, promossa da un altro creditore posteriormente iscritto e non soddisfatto.

7. Al contrario, nella ipotesi del n. 3 dell'art. 1253, quando cioè, o il donatario e legatario, o il compratore, paga ai creditori ipotecarii ciò che non deve, o più di quello che deve per effetto del suo titolo di acquisto, è surrogato in tutti i diritti ed azioni di ciascun creditore dimesso; e quindi non solo nella ipoteca di costui sull'immobile oggetto dell'alienazione, ma anche nelle ipoteche gravanti sopra altri immobili vincolati per lo stesso credito; la surrogazione legale producendosi in tal caso nelle normali condizioni dell'istituto, e quindi nella ordinaria estensione della sua efficacia (art. 1251 e 1252). Perciò, se nell'esempio configurato innanzi supponiamo che il compratore, dopo aver pagato il prezzo all'alienante, abbia tornato a pagarlo al creditore primo iscritto *A*, per ricuperare le sue 20,000 lire sborsate si farà collocare sul prezzo di aggiudicazione per 15,000 col grado ipotecario di *A* sull'immobile subastato, e per le altre 5000 eserciterà un'altra ipoteca, che per avventura *A* avesse per lo stesso credito sopra un altro immobile del debitore. Dicasi altrettanto se quel pagamento fosse stato fatto da un acquirente a titolo gratuito; ed *a fortiori* se l'acquirente a titolo gratuito od oneroso avesse pagato tutti i crediti, iscritti sull'immobile acqui-

stato, di un valore complessivo superiore al valore o al prezzo stipulato dell'immobile.

Ed ecco così spiegata la relazione e la transizione fra i n. 2 e 3 dell'art. 1253, aventi ciascuno la propria ragione di essere.

Lezione Quarantesimasesta

Sommario: Precedenti storici necessarii per la intelligenza del *sistema di surrogazione ipotecaria* adottato dal nostro Codice civile rispetto al terzo possessore. — *Identità del concetto e del criterio informatore* delle due surrogazioni degli art. 2011 e 2022. — Applicazioni e conseguenze del principio di siffatta identità.

1. Nel diritto anteriore, rispetto alle disposizioni dei Codici rispondenti allo stesso n. 3 del nostro art. 1253, del quale veniamo dal discorrere nella precedente Lezione, sorgevano diverse altre questioni, la cui conoscenza soltanto può darci la spiegazione completa del sistema di surrogazione adottato dal Codice civile patrio. Si cominciava dunque col domandare: se il terzo possessore, surrogato in tutte le ipoteche del creditore dimesso iscritte per lo stesso credito, potesse esercitarle solo quando i beni gravati di coteste ipoteche si trovassero tuttora nel patrimonio del debitore, o anche quando ne fossero usciti; in guisa da poterle il surrogato far valere anche contro altri terzi possessori, aventi causa dal suo medesimo autore. E la risposta era quasi unanimemente affermativa, per la semplicissima ragione che la importanza della surrogazione ipotecaria si rivela più che mai nella sua efficacia rispetto ai terzi; e perchè d'altra parte l'art. 1252 parla di surrogazione nelle ipoteche del creditore soddisfatto; e come questo creditore avrebbe fatto egli valere le sue ipoteche, presso chiunque avessero fatto passaggio i beni ipotecati, così deve poterle far valere il surrogato, a cui quelle stesse ipoteche si sono trasmesse; e non essendovi alcuna differenza in proposito fra la surrogazione convenzionale e la legale.

Si dimandava inoltre in qual modo e misura il terzo possessore surrogato agirebbe in regresso contro gli altri terzi possessori, acquirenti cioè d'immobili ipotecati, per la garentia del credito da lui dimesso: se per tutto l'ammontare di tal credito, o soltanto per una quota proporzionale rispondente al valore dello immobile da ciascuno di essi posseduto; in guisa che tutti, compreso il terzo possessore surrogato, concorressero al pagamento del credito ipotecario, iscritto sui loro rispettivi immobili. Propendevano alcuni per questa seconda soluzione, argomentando per analogia dagli articoli di legge rispondenti agli art. 1030, 1199, 1920 del nostro Codice; loro sembrando affatto identica specialmente la posizione di più fideiussori, che hanno fatto sicurtà per lo stesso debito, e la posizione di più acquirenti d'immobili, ipotecati per la garentia dello stesso debito. Col regresso diviso e proporzionale del surrogato si credeva altresì prevenire un giro vizioso di azioni, che non avrebbe mai nulla definito; perchè, se il terzo possessore che ha pagato agisse in regresso con la surrogazione contro un altro terzo possessore per tutto l'ammontare del credito, questi alla sua volta, dopo aver pagato al surrogato, acquistando egli stesso per effetto di tal pagamento la surrogazione nei diritti ed ipoteche del creditore soddisfatto, tornerebbe ad agire in regresso come surrogato contro il medesimo terzo possessore primo surrogato, e già da lui soddisfatto; e così di seguito all'infinito.

2. Ma altri invece strenuamente sostenevano il regresso totale ed indiviso, negando la legittimità della interpretazione analogica in un argomento di *jus singulare*, e della estensione di disposizioni alla loro volta eccezionali. Il principio è che il surrogato acquista i diritti del surrogante; e come perciò il creditore poteva rivolgersi, per tutto l'ammontare del credito, contro ciascuno dei diversi possessori d'immobili a lui ipotecati, così deve potersi rivolgere, per tutto l'ammontare del rimborso, contro gli altri terzi possessori, quello che ha pagato il creditore e che gli viene surrogato. Le disposizioni quindi degli art. 1030, 1199 e 1920, disponendo diversamente, costituiscono altrettante eccezioni. E di più, il fonda-

mento comune di queste eccezioni non concorre nella nostra ipotesi; perchè mentre i coeredi, i condebitori solidali, i confideiussori sono tutti personalmente ed egualmente obbligati per un debito comune, i diversi terzi possessori invece, non solo non sono personalmente obbligati verso il creditore, ma non hanno fra di loro medesimi alcun rapporto di società, di mandato e simili; e quindi non si scorge nemmeno la ragione di dividere fra di essi il danno di un rischio comune. Il preteso circolo vizioso di azioni poi non esiste, perchè è un altro principio della surrogazione il *nemo videtur contra se cessisse;* e quindi il terzo possessore primo surrogato non potrebbe mai alla sua volta essere molestato con la medesima surrogazione, di cui egli si è valso; il debito estinguendosi volta per volta rispetto a ciascun pagatore, e sussistendo soltanto contro quelli che non ancora hanno pagato. Vi sarebbe soltanto un circolo ozioso d'azioni quando, premesso l'obbligo della contribuzione nel debito ipotecario di tutti i terzi possessori, il primo che ha pagato volesse rivolgersi contro l'altro per tutto il rimborso, meno la sua quota; e così il secondo contro il terzo, il terzo contro il quarto, ecc., come pure qualcuno ha sostenuto; nel qual caso sarebbe meglio obbligare addirittura il primo surrogato a dividere subito la sua azione contro tutti i diversi terzi possessori, come appunto la legge ordina per i coeredi, i condebitori solidali ed i confideiussori. Ma rifiutato il principio stesso del contributo obbligatorio dei diversi terzi possessori d'immobili ipotecati, non vi è circolo nè vizioso nè ozioso di azioni, che possa ostacolare il regresso totale ed indiviso della surrogazione ipotecaria, quale discende dai testi di legge sin qui esaminati.

3. Contro tal sistema di surrogazione ipotecaria si sollevavano intanto proteste d'ingiustizia e d'iniquità da parte di taluni medesimi, che pur lo sostenevano, e tuttora lo sostengono in applicazione del Codice francese, come discendente logicamente dai principii rigorosi di diritto e dalle positive disposizioni della legge. E di fatti, la sorte dei diversi terzi possessori d'immobili ipotecati per lo stesso credito dipenderebbe, non solo dall'arbitrio del creditore iscritto di molestare l'acquirente che meglio giudicasse, ma altresì

dall'arbitrio di tale acquirente molestato, il quale alla sua volta potrebbe rivolgere la sua azione surrogatoria contro un altro dei diversi terzi possessori, che più gli talentasse. E così, mentre per effetto della surrogazione, che acquisterebbe nelle ipoteche del creditore dimesso, il terzo possessore primo molestato verrebbe effettivamente a trovarsi in miglior posizione; per effetto della medesima surrogazione, che continuerebbe a far passaggio dall'uno all'altro terzo possessore, verrebbe a trovarsi nella peggiore condizione quello che per ultimo venisse molestato con l'azione surrogatoria; non avendo egli altri contro cui far valere la surrogazione, la quale si arresterebbe nell'ultimo terzo possessore rimborsato. E tutto questo indipendentemente dalla data dell'acquisto e della trascrizione del titolo di acquisto dei diversi immobili da parte dei terzi possessori; perchè in ogni caso il primo acquirente molestato si rivolgerebbe contro un altro per subingresso con l'azione ipotecaria del creditore dimesso, la cui iscrizione è già supposta anteriore alle alienazioni consentite dal debitore; e così di seguito l'acquirente, molestato con siffatta azione surrogatoria, si rivolgerebbe contro un altro, sempre con l'azione ipotecaria del creditore dimesso, la quale continuerebbe a funzionare col proprio grado d'iscrizione, sino ad esaurimento di tutti gli immobili ad esso soggetti.

Rebus sic stantibus, il nostro Codice, sull'esempio del Codice sardo e dell'estense, credè opportuno risolvere il conflitto di diritto e di equità con uno speciale provvedimento. Epperò, alla prima parte dell'art. 2022, la quale riproduceva le analoghe disposizioni del Codice francese e degli altri Codici italiani preesistenti, e che si riannodava direttamente alla surrogazione legale dell'art. 1253, n. 3, aggiunse il capoverso innanzi riferito, nello intento appunto di limitare gli effetti della surrogazione ipotecaria quali, secondo la sua mente, derivavano dall'applicazione pura e semplice dello istituto della surrogazione, in quella sede organizzato. Cotesta limitazione o correzione avrebbe potuto invero essere eseguita nello stesso art. 1253; ma è da supporre che l'attenzione del legislatore non sia stata in ispecial modo richiamata intorno al subingresso dei terzi possessori che nello istituto delle ipoteche, e propriamente ad occasione

dell'azione d'indennità spettante al terzo possessore evitto, della quale è parola nella prima parte dell'art. 2022. Ad ogni modo la riforma è evidente, e consiste: nel lasciare impregiudicata la libertà d'azione del creditore ipotecario di molestare quello che più gli aggrada dei diversi terzi possessori d'immobili vincolati al suo credito; nel conservare a costui il regresso totale ed indiviso; ma circoscrivendo la surrogazione del terzo possessore molestato alle sole ipoteche del creditore dimesso, le quali gravano sugli immobili acquistati da altri terzi possessori con data posteriore al proprio titolo di acquisto; o, che vale lo stesso, accordando la surrogazione al possessore molestato, non contro indistintamente tutti gli altri possessori d'immobili ipotecati per lo stesso credito dimesso, ma solamente contro quelli che sono a lui posteriori di data nell'acquisto di tali immobili.

4. Sotto tal punto di vista è, come si scorge a colpo d'occhio, l'identico concetto di surrogazione ipotecaria, che l'art. 2011 già disciplinava fra i diversi creditori iscritti; in guisa che per la giustificazione di tal sistema di surrogazione fra i diversi terzi possessori, *imperniato sulla data dei titoli*, noi ci riportiamo alle cose dette nelle Lezioni XXVI e seguenti, sostituendo alla figura del creditore surrogato, ivi contemplata, quella del terzo possessore qui in discussione. E difatti, la Relazione governativa accenna espressamente all'analogia della surrogazione dell'art. 2022 capoverso con la surrogazione dell'art. 2011. Però, da un altro punto di vista giova riflettere che le due surrogazioni si mantengono distinte; perchè mentre quella dell'art. 2011 non ha per base un effettivo pagamento da parte del surrogato, l'altra dell'art. 2022 invece è fondata su cotesto pagamento; supponendo essa che il terzo possessore paghi di suo i crediti iscritti, o che i creditori iscritti si paghino col prezzo d'incanto dello immobile acquistato dal terzo possessore; il quale così viene eziandio realmente a pagare di suo, per essere suo lo immobile espropriato, e quindi suo il prezzo di espropriazione. Sicchè quando l'art. 2022 accorda il subingresso ipotecario al terzo possessore, *che ha pagato i crediti iscritti*, o *ha rilasciato l'immobile*, o *ha sofferto la espropriazione*, viene a specificare soltanto

tre *diversi modi* di quel pagamento e soddisfacimento in genere, di cui nel n. 3 dell'art. 1253; mentre quando l'art. 2011 accorda la surroga ad un secondo creditore, *rimasto perdente sul prezzo dello immobile assorbito da un creditore anteriore*, non viene affatto a riconoscere in quella perdita un *modo* di pagamento, di cui nel n. 1 dell'art. 1253; bensì crea invece una nuova e speciale ragione, un nuovo caso, di surrogazione. Ma in riguardo alla estensione ed alla efficacia in sè medesima della surrogazione ipotecaria, vi ha realmente, più che analogia, identità fra la surrogazione dello art. 2011 e quella dall'art. 2022. Onde noi crediamo che le due surrogazioni abbiano anche fra di loro una reciproca influenza ed applicazione, secondo dimostrammo nella Lezione XXVIII.

5. Sin qui abbiamo sempre considerato il terzo possessore, l'acquirente cioè dello immobile ipotecato, ma non pure il terzo datore d'ipoteca, quegli cioè che consente l'ipoteca sulla sua proprietà per la garentia di un'obbligazione altrui. Quando costui avrà pagato il creditore iscritto, o avrà sofferta l'espropriazione, per non aver potuto o voluto fare uno sborso di danaro, avrà ragione d'indennità contro il debitore? E godrà del subingresso nelle altre ipoteche del creditore dimesso? Ed in quali limiti farà valere la surrogazione?

Al terzo datore d'ipoteca, salvo speciali convenzioni col debitore, manca certamente l'azione in garentia per evizione, la quale suppone una vendita, che qui non esiste. A lui però compete indubbiamente il regresso a titolo di pagamento con surrogazione, e propriamente in virtù del n. 3 dell'art. 1253, essendo egli uno di quelli, che, trovandosi obbligato *per altri*, aveva interesse di soddisfare il debito. Ma cotesta sua surrogazione sarà egualmente limitata e circoscritta a norma del capoverso dell'art. 2022? Noi lo crediamo, perchè sempre abbiamo equiparato, per gli effetti della ipoteca, la condizione del datore d'ipoteca a quella del terzo possessore di un immobile ipotecato, chiamandolo e qualificandolo anzi egualmente terzo possessore, nel largo significato di questa parola. E così ammettiamo reciprocamente la surrogazione del vero terzo possessore

evitto contro il datore d'ipoteca; sempre in base alla data dei titoli, alla quale l'art. 2022 subordina e coordina, modificandola, la surrogazione dell'art. 1253; e per tutto questo ci riportiamo allo svolgimento datone nella Lezione XXIX.

6. Resta ora a vedere, se non potendo più aver luogo la surrogazione a favore del terzo possessore, che primo abbia trascritto il suo titolo di acquisto, contro gli acquirenti posteriori di altri immobili ipotecati per lo stesso credito, per avere il creditore rinunziato o altrimenti compromesso le sue ipoteche su cotesti immobili; resta a vedere, se quel primo terzo possessore abbia qualche eccezione da opporre al creditore, il quale lo molesti con l'azione ipotecaria, conservata rispetto all'immobile da lui acquistato. Taluno afferma puramente e semplicemente che, se la surrogazione non possa aver luogo pel fatto del creditore, quel terzo possessore ha diritto di opporsi alle sue pretese; non dovendo poter il creditore privarlo di un beneficio che gli spetta per legge: il *beneficium cedendarum actionum*. Ma noi già respingemmo questa tesi nella Lezione XXXII. Però in quella medesima occasione ci dimandammo: se il terzo possessore poteva almeno invocare la protezione dell'articolo 2087, il quale più limitatamente, ed in due casi speciali, rende responsabile il creditore della perdita o del non uso delle sue ipoteche, nelle quali altri avrebbe avuto il diritto di essere surrogato se fossero state conservate, o dall'esercizio delle quali avrebbe tratto indirettamente vantaggio. Ora, qualche altro scrittore e pronunziato giudiziario ha sostenuto, in piena opposizione alla sopra riferita proponibilità della *exceptio cedendarum actionum*, che il terzo possessore non possa nemmeno far ricorso all'art. 2087, il quale vieta al creditore di rinunciare alla ipoteca che gli compete sopra alcuni immobili; e per la doppia ragione: che il divieto scritto in questo articolo si riferisce al caso in cui si è introdotto giudizio di purgazione o di espropriazione, mentre ciò non si verifica nel caso dei diversi terzi possessori; e che d'altronde il divieto concerne l'interesse di più creditori iscritti, non quello di diversi possessori di fondi ipotecati.

Noi cominciamo con eliminare questa seconda obbiezione, osservando, che, essendo identico nella sua funzione il subingresso ipotecario fra creditori, di cui nell'art. 2011, e quello fra terzi possessori, di cui all'art. 2022, al punto che poco innanzi e nella Lezione XXVIII vedemmo prodursi e svolgersi la surrogazione ipotecaria anche reciprocamente fra creditori e terzi possessori; l'art. 2087, che dà una sanzione all'art. 2011, la dà anche virtualmente all'art. 2022, concorrendo, non pure analogia, ma identità di motivi. L'argomento della ristretta sfera d'azione dell'art. 2087, concernente il solo interesse dei creditori, avrebbe un valore indiscutibile quando le due surrogazioni degli art. 2011 e 2022, pure essendo analoghe ciascuna nella propria funzione fra gl'interessati di una stessa classe, creditori o terzi possessori, si conservassero però affatto indipendenti e senza nessuna attiva reciprocanza fra di loro, cioè l'una di fronte all'altra; non potendosi allora estendere per analogia la disposizione dell'art. 2087 dal caso in essa espressamente contemplato all'altro ivi non ricordato, non comportandolo la materia d'indole di diritto strettamente positivo. Ma ciò non è; e quindi l'art. 2087, riferendosi all'art. 2011, è applicabile anche astrattamente all'art. 2022; formando questi due articoli una sola disposizione, adattata a due figure pratiche di un solo ed identico interesse giuridico, ed essendo questo interesse che sopratutto ha di mira, nel proteggerlo, l'art. 2087.

7. Ma in riguardo ai terzi possessori si presentano le altre condizioni di applicabilità di cotesto articolo? Ci sembra che la possibilità del loro concorso non manchi. Facciamo il caso pratico: *A* creditore iscritto sulla casa e sul podere del debitore in data del 1° del 1880; *B* acquirente della casa con titolo trascritto del 1° del 1881; *C* creditore iscritto sul podere in data del 1° del 1882; *D* acquirente del podere con titolo trascritto del 1° del 1883. « Sino a quando, come dice la Relazione governativa intorno all'art. 2087, i diritti dei creditori ipotecari sono allo stato di potenza e non di atto, sino a che non esiste un fatto dal quale emerga giuridicamente che il debitore non soddisfa alle sue obbligazioni, le contrattazioni sugli immobili ipotecati e le rinunzie alle ragioni ipotecarie devono

essere libere »; ed in proposito ci riportiamo alle cose dette nella Lezione XXVIII.

Ma ecco che interviene appunto quel tal fatto, e nel seguente modo: *D* istituisce giudizio di purgazione, per liberare il podere acquistato dalle ipoteche di *A* e di *C*, e fa le notificazioni di cui nell'art. 2043. *A*, nello intento di favorire *C*, rinunzia alla sua ipoteca sul podere, o non si presenta nella graduazione a dimandare la sua collocazione; in modo che *C* si paga egli sul prezzo, ed il podere resta libero e franco di ogni vincolo. Allora *A* si rivolge contro l'acquirente *B*, con la sua ipoteca sulla casa da costui acquistata; ma *B* non potrà appunto tener responsabile *A* del fatto di non essersi avvalso della sua ipoteca sul podere, quando così *A* si sarebbe pagato e *B* non sarebbe più stato molestato da alcuno (nè il creditore *C*, nè l'acquirente *D* potendo esercitare la surroga nella ipoteca di *A* sulla casa contro *B*, per essere il titolo di costui anteriore a quello di *C* e di *D*); mentre oggi, se egli paga o è evitto della casa, non gode più del subingresso ipotecario sul podere, cui almeno avrebbe avuto diritto ove il creditore *A* si fosse pel primo rivolto contro di lui? Ecco dunque come anche rispetto ai terzi possessori si presenta il caso della purgazione, contemplato dall'articolo 2087 per il divieto al creditore *A* di rinunciare alla sua ipoteca sul podere, dopo la notificazione di cui nell'art. 2043, o d'astenersi dal proporre la sua istanza nel relativo giudizio di graduazione, onde favorire *C* in danno di *B*, il quale per l'anteriorità del suo titolo è degno di maggior protezione. Noi possiamo anche supporre che, non essendovi di mezzo il creditore *C*, il creditore *A* si astenga dal farsi collocare sul prezzo offerto da *D*, nello intento di favorire direttamente costui, terzo possessore, in danno di *B*, terzo possessore di data anteriore.

Egualmente, il creditore *C* inizia la espropriazione del podere acquistato da *C*, facendo la notificazione del bando venale ad *A*. Ed *A* si comporta come nel caso precedente, sempre per favorire *C* in detrimento di *B;* ed ecco come anche riguardo al terzo possessore si presenta il caso della espropriazione forzata contemplato dall'articolo 2087.

La conclusione dunque è, che il terzo possessore, il cui titolo di acquisto è anteriore a quello di un altro terzo possessore, o al titolo d'ipoteca di un altro creditore ipotecario, trova nell'articolo 2087, contro l'arbitrario procedere del creditore primo iscritto, la stessa protezione che vi trova un secondo creditore, la cui iscrizione sia anteriore alla iscrizione di un altro creditore, o alla trascrizione di un terzo possessore.

Naturalmente rispetto al terzo possessore la responsabilità, cui va incontro il creditore primo iscritto, si riduce a questo: che il creditore *A* si consideri collocato sul prezzo del podere, e che se questo prezzo non basti idealmente a soddisfarlo, possa egli rivolgersi contro *B*, con l'azione ipotecaria sulla casa, solo per il supplemento del suo credito rimasto scoperto in base a quel calcolo.

8. Per lo scopo e la utilità dell'annotazione ipotecaria a norma dell'articolo 1994, di cui parla l'art. 2022 al pari che l'art. 2011, valgono le considerazioni svolte nella citata Lezione XXVIII a proposito della surrogazione ipotecaria fra creditori; annotazione che rivela sempre più l'intimo nesso fra tale ultima surrogazione e quella operante fra terzi possessori.

PARTE QUARTA

DELLA

ESTINZIONE DELL'IPOTECA

Lezione Quarantesimasettima

Sommario: Della *estinzione dell'ipoteca* per effetto della *estinzione dell'obbligazione*. — Si esaminano il *pagamento*, l'*offerta reale*, la *compensazione*, la *novazione*, la *confusione* come cause della estinzione del credito, e quindi come cause indirette della estinzione dell'ipoteca.

1. Per *estinzione della ipoteca* s'intende la fine del vincolo ipotecario gravante la proprietà immobiliare, iscritto o tuttora inscrivibile sui pubblici registri; venga poi esso a mancare: così per non avere più uno scopo ed un ufficio di garentia di credito da raggiungere, o per averlo già conseguito; come per non avere affatto esplicato e per non poter più esplicare cotale sua utile missione; avendosi nell'un caso una *cessazione* pura e semplice, nell'altro una *perdita* vera e propria del diritto d'ipoteca. Ma questa differenza non ha alcuna importanza dal punto di vista dello studio intrinseco delle cause, onde si fa luogo alla estinzione della ipoteca, e nel quale noi entriamo dalla presente Lezione in avanti.

La prima e natural causa di *estinzione dell'ipoteca* è la *estinzione della obbligazione* da essa ipoteca garentita (art. 2029, n. 1). Ciò risulta dalla natura stessa dell'ipoteca, quale diritto *accessorio* di un diritto *principale*, cui si appoggia. Essendo essa una garentia per lo adempimento della obbligazione, ove questa vien meno, vien meno ad un tempo e necessariamente la garentia, la quale non avrebbe più un oggetto ed uno scopo da raggiungere. Al contrario, ben può estinguersi la ipoteca pur sopravvivendole la obbligazione; la speciale garentia di un credito, appunto perchè modalità e qualità accessoria del credito, non essendo affatto condizione di vita e di efficacia del credito medesimo. Epperò, vi sono cause di estinzione della ipoteca indipendenti dalla estinzione della

obbligazione; cause cioè che colpiscono direttamente ed esclusivamente l'una, lasciando impregiudicata l'esistenza e l'efficacia dell'altra (art. 2029, n. 2 a 6 ed art. 2030).

La estinzione della obbligazione, ch'è causa della estinzione della ipoteca, è alla sua volta prodotta dalle cause indicate nell'art. 1236. Sicchè coteste, che sono cause della estinzione del credito, sono al tempo stesso cause indirette e remote dell'estinzione dell'ipoteca. Di esse noi non dovremmo qui occuparci, la lor naturale sede di svolgimento trovandosi nella parte generale delle Obbligazioni. Ma poichè non sempre e non tutte allo stesso modo quelle diverse cause di estinzione del credito, considerate come tali astrattamente, portano seco la estinzione effettiva del credito e quindi della ipoteca, di guisa che la regola enunciata nel n. 1 dell'art. 2029 subisce delle analoghe restrizioni; così giova passarle brevemente in rivista in quanto si coordinano al nostro istituto, onde avere di questa una più sistematica e completa cognizione.

Osserviamo pure che alcuni dei modi di estinzione diretta della ipoteca, di cui nei numeri 2 a 6 dell'art. 2029 e nell'art. 2030, sono anche modi di estinzione diretta del credito, ma considerati soltanto dal punto di vista del loro contenuto e della loro fisionomia giuridica. Così, la prescrizione, come istituto informato al criterio della influenza del corso del tempo sulla sorte dei diritti, è un modo di estinzione diretta, non solo del credito, ma anche della ipoteca; però l'importante è che la prescrizione possa colpire direttamente ed esclusivamente l'ipoteca, senza colpire contemporaneamente e necessariamente il credito; solo il contrario non potendo verificarsi, per quelle ragioni di logica che governano i surricordati concetti di accessorio e di principale. Dicasi altrettanto della confusione nel largo significato della parola, della rinunzia, della risoluzione, della perdita della cosa; secondo che ciascuno di questi fatti giuridici, astrattamente considerati, si riferisca alla obbligazione in se stessa, o alla sola ipoteca, da cui la obbligazione è garantita.

2. Il *pagamento* del credito, per poter operare la estinzione della ipoteca, dev'essere *totale;* in guisa che, mentre un pagamento

parziale estingue parzialmente la obbligazione, lascia invece intatta ed integra l'ipoteca, a causa del principio speciale dell'indivisibilità ipotecaria; salva nondimeno una contraria stipulazione, e salvo il diritto del debitore ad ottenere una proporzionale riduzione della iscrizione ipotecaria, in quanto si riferisce soltanto alla *somma* indicata sui registri come ammontare del credito, come vedemmo nelle Lezioni I e XVII.

Il pagamento inoltre dev'essere *valido* e *definitivo;* perchè la estinzione della ipoteca è prodotta, non propriamente dal pagamento, ma dalla estinzione del credito, la quale alla sua volta è prodotta dal pagamento; ed un pagamento nullo o non definitivo non produce la estinzione del credito. Avverrà quindi che, sino a quando il debitore può ritirare il deposito della *offerta reale* (art. 1263 e 1264), la obbligazione non è definitivamente estinta; e neppure, in conseguenza, è estinta la ipoteca di tal credito, della cui iscrizione perciò non potrebbe quel debitore dimandare nel frattempo la cancellazione. Che se poi questi ritira il deposito, non perchè ne abbia diritto *ex capite proprio*, ma perchè il creditore vi consenta, la ipoteca resta tuttavia estinta, essendosi già estinta la obbligazione per effetto della offerta reale e del deposito convalidati, i quali tengono luogo di effettivo pagamento (art. 1265). La obbligazione, che a termine dell'art. 1265 sussiste dopo il ritiro del deposito, è una obbligazione nuova nel suo fondamento e nella sua causa giuridica, riproducente soltanto dell'antica il *contenuto materiale ed economico.* Ora la ipoteca, come accidentalità di un credito, non può considerarsi ripristinata tacitamente dalle parti, sol perchè queste riproducono in un nuovo *vinculum juris* gli identici elementi obbiettivi e sostanziali di un antico ed estinto rapporto giuridico; occorre invece un espresso e nuovo titolo ipotecario, che dia alla nuova obbligazione cotesta speciale sicurezza e garentia di adempimento. Altrimenti interpretato, l'art. 1265 resterebbe inesplicabile; perchè, se il consenso delle parti dovesse ritenersi sufficiente ad *annullare* il pagamento avvenuto col deposito convalidato, e far così considerare *non mai avvenuta la estinzione del credito originario*, non si comprenderebbe perchè non si avesse egualmente a conside-

rare non mai estinta la relativa ipoteca; di cui invece esso articolo dichiara non potere più avvalersi il creditore.

3. Il pagamento, benchè definitivo, può essere *annullato* o *rescisso;* in tal caso la obbligazione rivive, nel senso che si considera non mai estinta, e quindi rivive e si considera non mai estinta la rispettiva ipoteca. Questo principio si applica a qualunque altro modo di estinzione della obbligazione, benchè l'art. 2031 lo riferisce soltanto al pagamento, ch'è il mezzo più ordinario della estinzione dei crediti. Epperò noi ritorneremo su di esso, dopo di aver parlato delle altre cause di estinzione della obbligazione, come cause indirette della estinzione dell'ipoteca.

Il pagamento che estingue l'obbligazione, e quindi l'ipoteca che a garentisce, è il pagamento ordinario, di cui nella prima parte dell'art. 1238. Il pagamento invece fatto dal terzo con *surrogazione* convenzionale o legale, pur liberando il debitore di fronte al creditore, non opera però la obbiettiva estinzione del *vinculum juris* costituito da costoro, e conseguentemente non produce la estinzione della ipoteca annessa a quel credito. L'uno e l'altra invece passano nel pagatore, come nella cessione vera e propria del credito (articolo 1251 e seg. e 1541).

4. La *compensazione*, ch'è un pagamento fittizio, opera al pari del pagamento effettivo la estinzione della obbligazione, e conseguentemente dell'annessa ipoteca. La compensazione inoltre ha luogo di diritto (art. 1286), in guisa che le parti non possono, dopo che si è prodotta, liberamente rinunziarvi. Deriva da ciò, che se uno dei due debitori paga all'altro una somma corrispondente al suo vecchio debito, già estinto per compensazione, non per questo rivive il suo vecchio credito con l'annessa ipoteca, parimenti alla sua volta estinto per compensazione. Egli può soltanto ripetere la somma pagata con la *conditio indebiti*, la quale non è protetta da alcuna speciale garentìa. È in questo senso che va interpretata la prima parte dell'art. 1295, nella quale si presenta una situazione di diritto analoga a quella già discussa poco innanzi a proposito dell'offerta

reale, quando il debitore col consenso del creditore ritira il deposito già convalidato, a termini dell'art. 1265. Che se poi quel debitore ha pagato il suo vecchio debito estinto già per compensazione, avendo un *giusto motivo di ignorare* il suo credito ipotecario, in virtù del quale la compensazione si sarebbe operata (come, per esempio, nel caso che gli si devolva una eredità, a favore della quale esiste quel credito ipotecario di cui egli non ha ancora notizia, o pur avendone notizia ignora invece la devoluzione dell'eredità aperta a suo favore), la legge lo soccorre *in via d'equità*, considerando il pagamento da lui eseguito come estintivo del suo vecchio debito, e considerando invece tuttora in vita il suo vecchio credito con la relativa ipoteca; considerando, in altri termini, come non avvenuta la compensazione, onde così proteggerlo più efficacemente, se pure non vuol dirsi che la legge, *sempre in via di equità*, pur considerando estinti per compensazione il vecchio debito ed il vecchio credito del pagatore, trasporti l'ipoteca di tal credito al nuovo credito risultante dall'indebito pagato (art. 1295 in fine). È da respingere la spiegazione che dà qualche scrittore dell'art. 1295, fondandola sulla intenzione delle parti a rinunziare gli effetti della compensazione nel primo caso, e sulla nullità del pagamento a causa dell'errore nel secondo. La compensazione abbiamo detto opera di diritto, ed anche all'insaputa dei debitori (art. 1286), e quindi la rinunzia non arriva in tempo; oltre di che, nella nostra ipotesi la rinunzia alla compensazione la si vorrebbe far valere da una sola delle parti, ciò ch'è anche meno ammissibile. La nullità poi del pagamento eseguito sarebbe una ragione per ripetere tal pagamento, non per far considerare rescissa una compensazione, che si era già prodotta regolarmente!

S'intende che, al pari del vero pagamento, la compensazione deve estinguere totalmente il credito ipotecario, per poter estinguere anche la ipoteca. Che se invece la compensazione ha luogo sino a concorrenza di una parte soltanto del credito ipotecario, la ipoteca, in virtù della sua indivisibilità, resta integra per la parte residuale del credito.

5. La *novazione* è un altro modo di estinzione diretta della obbligazione, e quindi indiretta della relativa ipoteca. Nondimeno,

la legge ammette che il creditore possa espressamente riservare la antica ipoteca a garentia del nuovo credito (art. 1274).

Questa permanenza della ipoteca per riserva espressa, nella novazione, non ha niente di comune con la conservazione della ipoteca *ex aequitate*, nella compensazione, di cui nell'art. 1295. La legge ammette il trasporto della ipoteca dal vecchio al nuovo credito fondandolo *sul consenso delle due parti*, il quale d'altronde non pregiudica alcun legittimo interesse dei terzi. È vero che *subtilitate juris* sorgendo un *nuovo* credito dovrebbe pure aver luogo una *nuova costituzione d'ipoteca*, se il nuovo credito lo si vuol proteggere, come si suppone, ipotecariamente; ma niente si oppone a considerare che le parti intendano novare la obbligazione retroattivamente, conservando la ipoteca stipulata per l'originario *vinculum juris* a protezione di quello, che da tal punto di vista gli si sostituisce *ex tunc*. Notisi che la riserva, benchè fatta dal creditore, è consentita anche dal debitore, perchè avviene contemporaneamente alla novazione, cui questi prende parte, e cui potrebbe rifiutarsi se non intendesse accettare la riserva della vecchia ipoteca; non vi è quindi motivo di negare alla convenzione tutta l'efficacia voluta dai contraenti; tanto più, come dicevamo, che nessun legittimo interesse è compromesso. Epperò noi neghiamo che quando la novazione ha luogo per sostituzione di un nuovo debitore all'antico, il creditore possa, senza il consenso di costui, riservarsi a garentia della nuova obbligazione la ipoteca prestata dall'antico debitore, seguendo in ciò anche la tradizione del diritto anteriore alla codificazione; perchè realmente col solo fatto della novazione, estinguendosi il vecchio debito, si estingue l'annessa ipoteca; e non potendosi questa farla rivivere, o considerarla non mai estinta, per la sola volontà di uno degli interessati, il creditore. L'art. 1274 dunque, se deroga ai principii puri della teoria, non è per un *criterio di equità*, com'è il caso dell'art. 1295, ma per un altro *criterio giuridico più pratico*.

È appena a dirsi che, riservata la ipoteca dell'antica obbligazione, essa non protegge la nuova che nei limiti della sua primitiva costituzione, appunto perchè la riserva l'abbiam fondata, oltre che sulla efficacia della convenzione, anche sulla mancanza di compromissione

di qualsiasi legittimo interesse. Ora, se la ipoteca riservata avesse a proteggere un nuovo credito più largo, gli altri creditori dell'ipotecante ne sarebbero pregiudicati, vedendosi all'improvviso opposta una prelazione, che di altrettanto restringerebbe i loro diritti. D'altronde, l'ipoteca vale per quanto vale la iscrizione, nè ad una nuova iscrizione più larga potrebbe mai darsi un effetto retroattivo, le formalità materiali non essendo suscettibili di retroattività. Per le cose precedentemente dette osserviamo anche che bisogna escludere il concetto della novazione nell'art. 1265. Difatti, quando il creditore consente il ritiro del deposito convalidato, l'estinzione dell'obbligazione ha già avuto luogo (art. ed arg. art. 1236, 1238, 1259, 1264 e 1265), e quindi non la si può novare, la novazione supponendo anzi tutto l'esistenza del credito che si nova. Tanto è vero che la legge esclude dall'art. 1265 il concetto della novazione, che, proclamando la perdita della ipoteca dell'antico credito, non fa salva nemmeno una espressa riserva di tal garentia, siccome la fa salva nell'art. 1274. Anzi noi crediamo che sarebbe affatto inattendibile siffatta riserva nella ipotesi dell'art. 1265, perchè, se si può riservare ciò che ancora esiste, qual è il caso dell'art. 1274, non si può invece riservare ciò ch'è già estinto, qual è il caso dell'art. 1265. Occorrerebbe invece in quest'ultima ipotesi una vera e propria nuova costituzione d'ipoteca, la quale non prenderebbe grado che dal momento della nuova iscrizione.

6. La *confusione* è annoverata dall'art. 1236 fra i modi con i quali la obbligazione *si estingue*, e quindi essa produce indirettamente la estinzione della ipoteca, sempre a termini del n. 1 dello art. 2029. Nondimeno, una gran parte della dottrina ravvisa nella confusione un modo tutto affatto particolare di estinzione della obbligazione; cioè, non propriamente una causa di morte del credito, ma una causa d'impossibilità di esercizio della relativa azione, per la riunione avvenuta nella stessa persona delle due qualità di creditore e debitore. D'onde la conseguenza, che, cessando questa impossibilità di agire per una nuova separazione dalla stessa persona delle due qualità di creditore e di debitore, il credito rivive, o meglio ripiglia il suo corso semplicemente interrotto, e naturalmente

con tutte le garentie e modalità che lo rivestivano nel momento nel quale la interruzione si produsse; salvo talvolta a vedere se, nell'interesse dei terzi, la riviviscenza si limiti al credito e non si estenda alle garentie del medesimo, le quali invece si considerino definitivamente estinte. Secondo dunque tale teoria si parla di una *cessazione di confusione*, e di una *cessazione degli effetti* della medesima, con o senza retroattività.

Non è questo il luogo d'intraprendere una compiuta indagine circa l'indole giuridica e l'intima natura della confusione, che divide la dottrina in molte ed assai discordi opinioni. Noi qui ci limitiamo a respingere la teorica che veniamo dall'enunciare, e ch'è anche la più diffusa, per contrapporle il nostro modo d'intendere la confusione. Il credito, benchè unico, considerato ora contro il debitore come originario obbligato, ora a suo favore come successore e rappresentante del creditore, si sdoppia in guisa da riprodurre gli elementi di una compensazione *sui generis*, e quindi di un pagamento fittizio che estingue la obbligazione. La confusione dunque non è un semplice ostacolo materiale ad agire; è un fatto giuridico invece che esclude benanche la possibilità di concepire esistente un *vinculum juris*, quando uno dei soggetti del medesimo è *sparito*. Come l'obbligazione non può nascere senza due volontà libere, nemmeno senza di esse può vivere; nel primo caso il *vinculum juris* non può sorgere dal nulla, nel secondo caso ritorna nel nulla. Si noti bene che nella confusione non è che *ad un creditore o debitore ne succeda un altro*, sia pur questo il correlativo debitore o creditore; è invece che *sparisce la figura giuridica di creditore o di debitore;* vien meno così l'elemento essenzialissimo dell'obbligazione, non diversamente che se venisse meno l'oggetto stesso dell'obbligazione. È nel suo concetto razionale e filosofico, non già nella sua prima appariscente materialità, che va considerato l'istituto della confusione per determinarne il valore e l'indole giuridica; e considerato a questo modo noi intendiamo appieno come la legge mette a fianco del pagamento, della compensazione, ecc., la confusione (art. 1236); così come a fianco al pagamento la mise il giureconsulto romano: « *confusione perinde extinguitur obligatio, ac solutione* ». Inoltre, la

causa ordinaria, che possiamo anche dire praticamente unica della confusione, è la successione a titolo universale; e questa successione non può *cessare*, essa può semplicemente non sussistere contro le apparenze di una momentanea esistenza. La qualità di erede è eterna ed indelebile; e quindi la confusione è permanente. È qui l'equivoco della dottrina che combattiamo. La confusione può *sparire retroattivamente*, perchè mai realmente si è prodotta, essendo stata solo apparente la causa che le ha dato un'esteriorità di vita; ma la confusione non può mai *cessare da un dato momento*, ed essere considerata efficace per un periodo di tempo anteriore.

7. Sparendo la confusione, spariscono gli effetti; ed allora il credito e l'ipoteca conservano quella vita che mai avevano perduto; ma la confusione non potendo cessare, non possono nemmeno cessarne gli effetti; e quindi il credito e l'ipoteca sono morti definitivamente. In altri termini, la questione può aggirarsi intorno a vedere: se vi sia stata o no confusione; ma stabilita la sua esistenza, non è a discutere se continui, e nella sua causa, e nei suoi effetti. L'erede fa rescindere la sua accettazione; è escluso dalla successione come incapace, o indegno, o senza vocazione, dopo che se ne era immesso in possesso, si verifica la condizione risolutiva della sua instituzione; ebbene, in questi casi non vi è stata mai legalmente trasmissione di eredità, e quindi mai vi è stata confusione; il credito contro o a favore del preteso erede non ha mai cessato di essere qual'era in origine, o chirografario, o ipotecario. E se talvolta questa ipoteca non può farsi valere col suo antico grado, o non può più farsi valere affatto, è nella supposizione che durante la morte apparente del credito sia stata cancellata la sua relativa iscrizione, e che nel frattempo altri diritti si siano stabiliti sugl'immobili a favore dei terzi, rispetto ai quali l'ipoteca in tanto vale in quanto è iscritta; mentre anche ripetuta l'iscrizione già cancellata non può retroagire, secondo vedremo commentando gli articoli 2031 e 2032.

L'erede invece vende l'eredità come *nomen juris*, vendita che suppone in lui la vera ed effettiva qualità di erede; ebbene la confusione sussiste, e quindi i suoi debiti e crediti verso l'eredità sono

estinti, ed estinte pur sono le annesse ipoteche; e ciò ch'è estinto, morto, non può rivivere e risorgere dalle proprie ceneri. Ci si oppone l'art. 1545? Ma questo articolo non dice già che *rivive il credito antico* dell'erede contro l'eredità, da pagarglisi ora dal compratore della medesima; dice soltanto che il compratore deve *rimborsare* l'erede venditore *di quanto a costui fosse dovuto dall'eredità;* rimborsarlo cioè di una somma corrispondente a quel credito; lo che è ben diverso. Qui trattasi di stabilire il corrispettivo della vendita, secondo l'intenzione delle parti. Il credito dell'erede contro l'eredità prima dell'accettazione diminuiva naturalmente l'entità del patrimonio ereditario; ora, se il compratore non dovesse tener conto all'erede di tal credito farebbe un ingiusto guadagno, perchè egli ha inteso comprare e l'altro ha inteso vendere l'eredità qual'era al momento della morte del *de cujus*. Ma in sostanza rimborsando l'erede del suo antico credito, cioè di una somma rispondente allo ammontare di tal credito, il compratore non fa che portare il prezzo della vendita al suo giusto valore; così come se sul prezzo di vendita fosse anticipatamente calcolato lo sgravio, di cui l'eredità gode non pagando all'erede il suo vecchio debito, estinto per confusione. E similmente, se l'erede era il debitore dell'eredità, il compratore ha diritto di essere rimborsato di una somma rispondente a tal debito dell'erede venditore, estinto per confusione. Insomma, pel compratore dell'eredità i crediti ed i debiti della medesima, per quanto si riferiscono al valore economico di essa, sul quale si stabilisce il prezzo, devono essere considerati obbiettivamente, e senza distinguere se costituiti contro e a favore, o dell'erede, o di altra qualsiasi persona; e nell'art. 1545 non è che questione di prezzo della vendita. Invece, secondo quelli che ravvisano nella confusione un semplice ostacolo ad agire, il credito dell'erede contro l'eredità o viceversa riprende nell'art. 1545 la sua primitiva efficacia con tutte le annesse ipoteche; perchè dopo che l'erede ha venduto la eredità è cessata la impossibilità di agire, la quale consisteva nella riunione delle due qualità di creditore e di debitore nella stessa persona; impossibilità di agire che era appunto l'unica causa della *paralisi* di quei crediti.

La confusione, al pari della compensazione e del pagamento, può essere totale o parziale. In questo caso la obbligazione estinguendosi solo in parte, l'ipoteca le sopravvive in virtù della sua indivisibilità.

È appena a dirsi poi che in caso di accettazione di eredità con benefizio d'inventario, la confusione non ha luogo, e che i crediti e debiti fra l'erede e l'eredità sono ripetibili in conformità dei loro titoli (art. 968).

8. Nulla di particolare è a dire riguardo alla estinzione della ipoteca per effetto della estinzione dell'obbligazione, quando questa ha luogo per uno degli altri modi indicati nell'art. 1236; cioè, la *rimessione del debito*, la *perdita della cosa dovuta*, la *prescrizione*, l'*annullamento* e la *rescissione* della *condizione risolutiva*.

Avvertiamo in ultimo, che, estinta l'obbligazione, la ipoteca si estingue rispetto a tutti i singoli immobili con lo stesso atto o con atti separati, con la medesima data o in tempi diversi, gravati per la garentia dello stesso credito estinto. Al contrario, quando la estinzione della ipoteca ha luogo per una delle diverse speciali cause, delle quali or ora tratteremo, la ipoteca si estingue soltanto rispetto a quel dato immobile, cui ciascuna delle dette cause si riferisce, sopravvivendo rispetto agli altri vincolati a garentia del credito che permane.

Lezione Quarantesimottava

Sommario: Della *rinascenza del credito e della ipoteca*, in caso di nullità di estinzione della obbligazione. — Applicazione del principio alla *datio in solutum*, considerata come causa di estinzione della obbligazione analoga al vero e proprio pagamento.

1. Se l'estinzione dell'obbligazione è la prima causa di estinzione dell'ipoteca, deriva che, quando per un motivo qualunque l'estinzione dell'obbligazione sparisca, sparisce anche l'estinzione

dell'ipoteca. Cessata la causa, cessa l'effetto. Il credito soltanto apparentemente ha potuto essere considerato estinto per un certo tempo, quando la causa della sua estinzione era infetta di un motivo di nullità o di rescissione; ma dichiarata cotesta nullità o rescissione, il credito riprende tutta la sua antica efficacia, quella efficacia cioè che mai realmente e giuridicamente ha perduto, per essere considerata come mai avvenuta la causa della sua effimera e provvisoria estinzione. È in questo senso che l'art. 2031 dice: « *le ipoteche rinascono col credito*, se il pagamento vien dichiarato nullo ».

La legge si riferisce al pagamento come il modo più comune, e diremo tipico dell'estinzione dell'obbligazione; ma non è a dubitare che il disposto dell'art. 2031 abbraccia tutti gli altri modi di estinzione dell'obbligazione, ai quali possa riferirsi un motivo ed una causa di nullità. Rescissa, per esempio, la confusione, o meglio dichiarata mai avvenuta, il credito con l'annessa ipoteca risorge, riprende cioè la funzione della sua originaria esistenza. Per tal modo l'art. 2031 si collega e si coordina al n. 1 dell'art. 2029, a cui più opportunamente avrebbe dovuto far seguito immediato; così appunto come nel Codice sardo l'art. 2299, rispondente al nostro art. 2031, teneva dietro all'art. 2298, rispondente al n. 1 del nostro art. 2029.

2. Soggiunge l'art. 2032: « che l'ipoteca ogni qualvolta rinasce *prende solamente grado dalla nuova iscrizione, se la precedente non è stata conservata* ». Perocchè, nonostante il credito e l'ipoteca si considerino non mai estinti, nondimeno, se in seguito a quella apparenza di morte l'iscrizione è stata cancellata, o non è stata rinnovata, l'ipoteca ha perduto definitivamente il suo *grado*, dipendente da cotesta iscrizione; la quale come formalità materiale non può, nell'interesse dei terzi, non essere considerata che in conformità di quanto formalmente risulti dai pubblici registri. Nello stesso modo che un'ipoteca validamente costituita non ha effetto che mediante l'iscrizione, ed a far grado dalla medesima; così un'ipoteca validamente iscritta perde la sua efficacia ogni qualvolta questa iscrizione sparisce, così come se non ancora tale iscrizione mai fosse stata eseguita. Però, siccome è supposto che il diritto d'ipoteca, considerato

nel suo titolo costitutivo, non si è mai estinto; così, non solo il creditore può procedere liberamente ad una nuova iscrizione, ma conservata l'originaria, questa continua ad assicurargli l'antico grado. Che se invece si ammettesse il concetto di una riviviscenza *ex nunc* dell'ipoteca, l'antica iscrizione, benchè materialmente conservata, non potrebbe assicurare al creditore il suo antico grado; un'iscrizione non poggiata ad un titolo valido preesistente essendo assolutamente nulla ed improduttiva di effetti; e quindi in ogni caso occorrerebbe una nuova iscrizione. Per tal modo, mentre l'art. 2032 stabilisce che, conservata la precedente iscrizione, l'ipoteca rinasce col suo antico grado; al tempo stesso dimostra che l'ipoteca non ha mai cessato di esistere; ed al qual titolo soltanto la vecchia iscrizione ha potuto essere validamente conservata. Non è poi a distinguere se cotesta iscrizione sia stata conservata dal creditore, in previsione della rinascenza del suo credito e della sua ipoteca, o per oscitanza del debitore, che non ne ha chiesto la cancellazione; perchè nell'un caso e nell'altro sta il fatto della continua sussistenza del diritto d'ipoteca, e della continua pubblicità di essa nell'interesse dei terzi.

3. Abbiamo creduto opportuno questo breve commento degli articoli 2031 e 2032, prima di esaminare la tanto dibattuta controversia, che ad essi si connette, riguardo alla *datio in solutum*. La dazione in pagamento, come il vero pagamento, estingue il debito e quindi l'annessa ipoteca. Ma l'evizione, che il creditore soffre della cosa ricevuta in pagamento, farà rivivere l'antico credito e l'antica ipoteca, così come se quella evizione avesse a considerarsi una causa di nullità dell'estinzione dell'obbligazione, secondo l'articolo 2031 dispone dell'ordinario pagamento? Ovvero, la *datio in solutum* ha estinto definitivamente il credito e l'ipoteca; e l'evizione che il creditore soffre non gli accorda che un'azione in garentia, un nuovo credito, cioè, non protetto dall'antica ipoteca? Le ragioni del dubitare si appuntano tutte nell'incerto carattere della *datio in solutum*, che per alcuni è una specie del genere *solutio* in senso stretto, per altri una novazione, per altri una permuta, o una

vendita con compensazione di valori. Attribuendo noi alla dazione in soluto la stessa natura giuridica dell'ordinario e vero pagamento, non possiamo non ammettere che il creditore accettante, il quale soffre l'evizione, abbia il diritto di far valere il suo antico credito ipotecario, come se mai avesse questo cessato di esistere, in conformità appunto ed in applicazione dell'art. 2031, e salvo anche il disposto dell'art. 2032. Di fatti, l'evizione, che soffre il creditore accettante, distrugge l'effetto giuridico ed economico della *datio in solutum;* la quale non era già principalmente rivolta a trasferire il dominio della cosa, ma a soddisfare un debito mercè questo trasferimento di proprietà. Il creditore dunque per effetto della evizione non consegue più lo scopo e l'oggetto della *datio*, il pagamento cioè del suo credito, la reintegrazione del suo patrimonio; quindi quel pagamento è nullo; ed essendo nullo per una causa preesistente, non ha mai potuto estinguere l'antica obbligazione ipotecaria, che in tal senso *rivive* a termini dell'art. 2031. Onde noi neppure vogliamo distinguere se l'evizione proceda dall'azione vindicatoria del proprietario, o dall'azione ipotecaria di un altro creditore iscritto sull'immobile dato in soluto; perchè nell'uno e nell'altro caso vien meno il *pagamento*, la *soddisfazione delle ragioni creditorie* del ricevente, alle quali è rivolta la *datio*, che appunto per questo noi consideriamo una modificazione puramente esteriore della *solutio* in senso stretto, di cui resta inalterata l'intrinseca natura giuridica.

Invece la dottrina e la giurisprudenza propendono per questa distinzione, ammettendo la rinascenza dell'antico credito ipotecario nel caso della evizione *ex jure dominii*, e negandola in quello della evizione *ex jure hypothecæ*. Si considera nel primo caso, che la liberazione del debitore sia soggetta alla condizione del trasferimento di proprietà nel creditore dell'immobile datogli in pagamento; condizione, la quale, non potendo sussistere per mancanza di diritto nel debitore sull'immobile, fa sì che questi non abbia mai potuto liberarsi della sua antica obbligazione ipotecaria. Invece, nel secondo caso il debitore ha adempiuto la condizione del trasferimento nel creditore della proprietà dell'immobile datogli in soluto, perchè il vincolo ipotecario che affetta un immobile non è di ostacolo alla

valida trasmissione di dominio di cotesto immobile; quindi il debitore ha adempiuto la condizione della estinzione della sua antica obbligazione; e se il creditore ricevente soffre la evizione da parte del creditore iscritto, sorgerà soltanto un nuovo credito, per titolo di garentia, contro il debitore; credito però al quale non può estendersi quell'ipoteca, che proteggeva il diverso credito già estinto con la *datio in solutum*. Ma questo è, come già avvertivamo, un voler ravvisare nella dazione in soluto, non un modo di estinzione di obbligazione della natura del pagamento, bensì un contratto traslativo di proprietà, nel quale il compratore creditore compensa il suo debito di prezzo col credito che egli ha verso il venditore debitore. Se non che questa costruzione della *datio in solutum* non risponde, nè alla tradizione, nè alle esigenze pratiche e scientifiche dell'istituto.

4. Suffraga il nostro assunto la disposizione dell'art. 2017, già esaminata nella Lezione XLI. È vero che ivi si contempla il caso diverso di un acquirente evitto dell'immobile su cui prima egli aveva un'ipoteca, la quale perciò si sarebbe estinta per effetto della confusione reale, cioè la consolidazione, e quando il suo credito era sempre sussistente; mentre nella nostra ipotesi il credito esso stesso con l'annessa ipoteca, gravitante sopra un immobile diverso da quello dato in soluto, si sarebbe estinto per effetto della dazione medesima. Ma se la legge viene in soccorso di quell'acquirente, per restituirgli il beneficio di un'ipoteca, che a rigore di diritto si era estinta; è da ritenere che nel suo pensiero non voglia fare un trattamento più duro al creditore, che ha ricevuto in pagamento un immobile di cui pur soffre l'evizione; la quale perciò entra nel disposto dell'art. 2031 come causa di nullità della estinzione della antica obbligazione ipotecaria, e conseguentemente come causa della sua rinascenza.

Nè si può argomentare l'estinzione definitiva dell'ipoteca per analogia dalla definitiva estinzione della fidejussione, stabilita nell'art. 1929 in caso di evizione dell'immobile dato in pagamento. Perocchè cotesta definitiva estinzione della fidejussione non è già una conseguenza pura

e semplice della definitiva estinzione dell'obbligazione principale, prodotta dalla *datio in solutum* comunque annullabile; estinzione della obbligazione che porterebbe naturalmente seco anche l'estinzione dei privilegi ed ipoteche, che sono diritti accessori al pari della fidejussione; ma è invece un *beneficio* accordato dalla legge al terzo che si obbliga personalmente per altri, cioè al fidejussore; facilitandone la liberazione tutte le volte che se ne presenta un congruo motivo, comunque non giustificata dai principii rigorosi di diritto. Come disposizione eccezionale dunque l'articolo 1929 non è applicabile eziandio all'ipoteca; anzi da esso deve trarsi un argomento *a contrario*, per ammettere la riviviscenza dell'ipoteca a fianco della definitiva estinzione della fidejussione.

5. Nemmeno è attendibile quest'altra considerazione, con la quale si vorrebbe sostenere la distinzione fra l'evizione vindicatoria e l'evizione ipotecaria. Si è detto: che il creditore, il quale ha ricevuto in pagamento dal debitore una cosa che non era di costui, e ne rimane evitto per doverla restituire al proprietario, ha giusto motivo di essere soccorso con un mezzo straordinario, qual è quello di far rivivere il credito ch'era già estinto, e con esso di far rivivere l'ipoteca. Perocchè sta a suo favore la presunzione dell'ignoranza che la cosa fosse d'altri, potendo anzi essersi trovato nell'impossibilità di conoscerlo. Al contrario, siffatta ragione non milita per chi ha ricevuto in pagamento una cosa vincolata ad altri, stando contro di lui la pubblicità dell'ipoteca medesima, ch'egli ha potuto e dovuto conoscere, e in vista della quale ha potuto provvedere alla tutela dei propri interessi nel modo più opportuno. Onde, accettando egli la *datio* senza riserve, ne ha assunto i rischi, e per cui « *obligatio semel extinta non reviviscit* », non essendovi ragione di soccorrerlo col mezzo eccezionale sovra indicato.

A parte che con questo principio non dovrebbe rivivere nè il credito nè l'ipoteca nemmeno nel caso dell'evizione vindicatoria, quando risultasse dai registri della trascrizione l'acquisto da parte del rivindicante dell'immobile dato in soluto; ed a parte che la rinascenza del credito e dell'ipoteca dovrebbe ammettersi nel caso della

evizione ipotecaria, quando l'iscrizione del titolo ipotecario dell'evincente, il quale rimonta ad un'epoca anteriore, fosse eseguita dopo la *datio* in soluto, in modo che il creditore accettante non avrebbe potuto esserne diffidato; è certo che la pubblicità non ha alcun valore fra le parti contraenti, le quali devono prestare tutto ciò che hanno promesso alla base del contratto, eseguendolo di buona fede. Ora, appunto qui trattasi dei rapporti fra creditore e debitore, essendo sempre supposta salva la condizione dei diritti dei terzi, determinata dalla pubblicità. Il creditore che riceve in pagamento del suo credito ipotecario un immobile, del quale soffre la evizione vindicatoria o ipotecaria, in sostanza nulla riceve che sia atto ad estinguere il suo credito; ed il debitore non può imputargli di non essersi anticipatamente accertato della condizione giuridica di quell'immobile, onde pretendere la sua liberazione dall'antico debito, non potendo alcuno trarre profitto dalla propria colpa o dal proprio fatto. Della negligenza del creditore, chè si riceveva in pagamento la *res* altrui, o ad altri vincolata, potranno muovergli rimprovero e profittarne i terzi, se ed in quanto questi terzi ne siano interessati, ed alla lor volta abbiano legalmente conservato i proprii diritti; appunto perchè non è che nel rapporto dei terzi che la legge impone la diligenza circa l'ispezione dei pubblici registri. Ma dove questo conflitto non ha luogo, i rapporti giuridici fra creditore e debitore devono determinarsi esclusivamente alla base dei titoli e del contratto.

6. Spieghiamoci ancor meglio, chè l'interesse pratico e scientifico della questione lo merita. *A*, creditore ipotecario di 10,000 lire, è iscritto sulla *casa* del debitore in data 1° del 1880. Invece che 10,000 in danaro, costui dà in pagamento al creditore il *podere* di proprietà di *B*, o di sua proprietà ma ipotecato a favore di un altro suo creditore *C*. Avvenuta la *datio in solutum*, il proprietario *B* con l'azione vindicatoria, o il creditore *C* con l'azione ipotecaria, evince il creditore *A* del podere. Rinasce l'antico credito di costui di 10,000 lire, con la relativa ipoteca sulla *casa* del debitore? Ma senza dubbio, perchè l'unico interessato a contestare questa rina-

scenza non sarebbe che lo stesso debitore, il quale invece è responsabile del fatto che dà luogo alla evizione.

Facciamo quest'altra ipotesi. Sulla *casa* del debitore, oltre l'ipoteca di *A* iscritta in data del 1° del 1880, grava l'ipoteca di *B* in data 1° del 1881. *A* il 1° del 1882 riceve, in pagamento del suo credito di 10,000, il *podere* di proprietà di *C*, o di proprietà del debitore, ma ipotecato a favore di un terzo creditore di costui, *D*. Come nel caso precedente, *A* nel corso del 1882 soffre l'evizione del podere con l'azione vindicatoria di *C*, o con l'azione ipotecaria di *D*. Potrà egli far valere l'antico suo credito, protetto d'ipoteca sulla casa del debitore? In principio, per noi è indiscutibile la rinascenza di tal credito e di tale ipoteca; ma praticamente, riguardo all'efficacia dell'ipoteca medesima, è a distinguere se l'iscrizione di essa, portante la data del 1° del 1880, sia stata cancellata o conservata, dopo la dazione in pagamento del podere al creditore *A*. Ordinariamente avverrà che il debitore, credendosi liberato verso di *A*, dimanderà, ed otterrà col consenso medesimo di costui, la radiazione della iscrizione sulla casa, avendo egli interesse a non fare apparire la sua proprietà oberata più del dovuto. Ma radiata la iscrizione di *A*, prenderà il primo grado la iscrizione di *B* sulla casa, portante la data del 1° del 1881; sicchè quando *A*, in seguito alla evizione sofferta del podere nel 1882, vorrà far valere il suo antico credito e la sua antica ipoteca sulla casa, dovrà procedere ad una nuova iscrizione di tale ipoteca; iscrizione che, essendo necessariamente posteriore in data a quella di *B*, ne sarà anche primeggiata agli effetti della collocazione. Dicasi altrettanto se l'iscrizione di *A*, senza essere cancellata, venisse a perimere pel decorso del trentennio e non fosse rinnovata in tempo. E giustamente, perchè *B* è un *terzo* la cui posizione non può essere altrimenti determinata se non da ciò che apparisce dai pubblici registri; ed è quello che dichiara e dispone l'art. 2032. Intanto, è di somma importanza riconoscere la reviviscenza del credito e dell'ipoteca di *A* sulla casa, perchè il valore di questa può lasciare un margine dopo il pagamento di *B*, ed il sopravanzo si troverà così assicurato a favore di *A*, mercè la *nuova iscrizione* ch'egli ha potuto accendere sulla casa, in virtù del suo *titolo*

ipotecario tuttora sussistente, prima che il debitore vi costituisse altre ipoteche o altri diritti reali. Ed ognun vede anche come a *B* niente interessi che *A* prenda questa nuova iscrizione.

Se invece *A*, in previsione dell'evizione del podere, non ha voluto consentire la radiazione della sua iscrizione sulla casa portante la data del 1° del 1880, o lo stesso debitore non si è curato di dimandarla; avvenuta l'evizione, egli farà valere il suo antico credito, e sarà collocato sul prezzo della casa col suo antico grado in preferenza di *B*, la cui iscrizione è posteriore, avendola supposta del 1° del 1881. Nè *B* ha alcun motivo di lamentarsene, perchè nel momento in cui egli accendeva la propria iscrizione la vedeva già primeggiata da quella di *A;* e mai posteriormente ha potuto sperare di guadagnare di grado, per non essersi mai prodotto un cambiamento di posizione sui registri, dallo stato dei quali soltanto i terzi devono, gli uni di fronte agli altri, misurare e calcolare i loro diritti.

7. La posizione delle cose non muterebbe affatto, se l'ipoteca di *B* sulla casa la si supponesse costituita ed iscritta dopo che *A* aveva ricevuto il podere in pagamento, e prima o dopo che questi ne avesse sofferta l'evizione. In ogni caso sarà la data dell'antica iscrizione conservata, o la data della nuova iscrizione di *A*, quella che stabilirà il suo grado di collocazione di fronte all'ipoteca di *B*.

8. Un'altra applicazione dei principii innanzi esposti, meritevole di considerazione, è questa: *A* iscritto sulla *casa* in data del 1° del 1880. Il debitore il 1° del 1881 gli dà in pagamento il *podere* di proprietà di *C*, o di sua proprietà ma ipotecato a favore dell'altro suo creditore *D*. Avvenuta la dazione in soluto del podere, il debitore vende la casa a *B*, che trascrive il suo titolo di acquisto in data del 1° del 1882. Posteriormente *A* soffre l'evizione del podere, mercè l'azione vindicatoria di *C*, o l'azione ipotecaria di *D*. Rivivrà il suo credito e la sua ipoteca sulla casa contro l'acquirente *B?* Tutto dipende dal vedere: se nel momento in cui *B* trascriveva il suo titolo di acquisto, sussisteva ancora sulla casa l'iscrizione di *A*

del 1° del 1880, o se invece questa era già stata cancellata. Se la iscrizione sussisteva, l'acquirente era legalmente diffidato del vincolo ipotecario che gravava sulla casa, e perciò egli nulla ha da opporre al creditore *A*, che oggi vuol far valere cotesta sua ipoteca. Invano obbietterà ch'egli ha comprato la casa, sapendo estinta quell'ipoteca in virtù della dazione in soluto del podere ricevutosi da *A*, della permanente iscrizione del quale perciò non si era preoccupato, come di un vincolo puramente apparente destituito di ogni valore o efficacia. Perocchè la questione sta appunto in questo, che la dazione in pagamento, affetta di un motivo di nullità o di rescissione, non estingue il credito e la ipoteca che lo garentisce; e quando *B* ha visto persistente l'iscrizione di questa ipoteca, nonostante l'avvenuta *datio in solutum*, ha avuto sufficiente motivo e sprone di meglio appurare lo stato delle cose; e nulla gli ha impedito di pretendere che il suo venditore cominciasse anzitutto col curare la cancellazione dell'iscrizione gravitante sulla casa, oggetto del loro contratto. *Imputet sibi* dunque se tanto egli non ha preteso; mentre nulla può rimproverarsi al creditore *A*, il quale anzi, forse appunto in previsione della evizione del podere, ha conservato l'iscrizione della sua ipoteca sulla casa.

A invece, credendosi soddisfatto del suo credito con la ricezione del podere, ha immediatamente consentito la cancellazione della sua iscrizione sulla casa, dopo di che *B* ha comprato la stessa casa, ed ha trascritto il suo titolo in data del 1° del 1882. In tal rincontro, quando in seguito *A* soffrirà l'evizione del podere, rivivrà sì il suo antico credito con tutte le altre garentie di cui era precedentemente rivestito, salvo la disposizione dell'art. 1929; ma non potrà rivivere la sua ipoteca sulla casa; e non potrà rivivere nè con l'antico, nè con un nuovo grado. Perocchè, essendo stata cancellata la originaria iscrizione, è sparito il grado ipotecario annesso alla medesima (art. 2032); ed essendo stata eseguita la trascrizione da parte del compratore *B*, non può più aver luogo in danno di costui una nuova iscrizione dell'ipoteca di *A* sulla casa, quantunque la costituzione di tale ipoteca rimonti ad un'epoca anteriore alla trascrizione del titolo di acquisto di *B* (art. 1942). In questa ipotesi dunque la dazione in

pagamento del podere, benchè annullata per effetto dell'evizione sofferta dal creditore ricevente, avrà operato la definitiva estinzione della ipoteca sulla casa, proteggente l'antico credito. Ma questa estinzione, lungi dall'essere un effetto diretto della *datio in solutum*, è una conseguenza dei particolari principii che governano gl'istituti della iscrizione e della trascrizione, intenti a proteggere la buona fede e l'interesse dei terzi.

9. Noi possiamo finalmente supporre che il creditore ipotecario abbia ricevuto in pagamento lo stesso immobile, sul quale era iscritta la sua ipoteca. Non vi è altro di particolare in questa ipotesi, se non che l'ipoteca si sarebbe estinta pel doppio titolo della *datio in solutum* e della consolidazione. Ma verificatasi l'evizione da parte di un altro creditore ipotecario, la dazione in pagamento e la consolidazione si considerano come mai avvenute; e quindi pel combinato disposto degli articoli 2017 e 2031 rinasce il credito e l'ipoteca del creditore ricevente. Ben inteso che di quest'ipoteca dev'essere stata conservata e rinnovata in tempo l'iscrizione, in conformità di quanto fu osservato nelle Lezioni XXXII, XXXIII e XLI.

Lezione Quarantesimanona

Sommario: Della *distruzione dell'immobile gravato*, come causa della estinzione dell'ipoteca. — Del trasporto di questa sulle somme dovute al proprietario dell'immobile gravato per l'*assicurazione contro i rischi dell'incendio o altro sinistro*, e su quelle dovutegli per causa di *espropriazione forzata per pubblica utilità*, o di *servitù imposta dalla legge*.

1. La seconda causa di estinzione della ipoteca, indipendente come le altre delle quali verremo in seguito discorrendo, dalla sorte della obbligazione principale, di cui anzi è supposta la sopravvivenza,

è la *distruzione dell' immobile gravato* (art. 2029, n. 2). Comunque di una natura speciale, l'ipoteca è un *diritto reale*, che non si concepisce senza una *res* la quale ne formi l'obbietto; venendo quindi a mancare la *res*, viene necessariamente a cessare il diritto su di essa costituito.

Per il principio della indivisibilità, la distruzione dell'immobile dev'essere totale onde produrre l'estinzione dell'ipoteca; rimasta una parte dell' immobile, la ipoteca continuerà a sussistere, ed a garentia di tutto il valore della obbligazione, pel quale fu originariamente costituita ed iscritta. Ruinato quindi l'edificio, l'ipoteca continua a gravare sull'area; anzi, pel principio dell'accessione, l'ipoteca ritornerà a gravare sull'edificio ricostruito, e si estenderà anche alle fabbriche, le quali si eleveranno sul suolo in maggiore quantità e valore, che prima non presentavano. Noi già stabilimmo i principii regolatori della subbietta materia nelle Lezioni I e II. Nel caso dunque della distruzione di una fabbrica, non può dirsi che l'ipoteca, su di essa costituita, siasi propriamente *estinta;* perchè basterà a tenerla in vita il suolo sul quale la fabbrica si elevava; a meno che non si supponga la distruzione dell'edificio per un avvallamento o scoscendimento tale di terreno, da non lasciar traccia neanche del suolo edificato. Ma ad ogni modo, *rispetto alla fabbrica distrutta* l'ipoteca è estinta, nel senso che il valore di essa è perduto per la garentia speciale del creditore; nè questa si trasporta sui materiali dell'edificio ruinato o demolito, i quali sono cose mobili, e come tali incapaci d'ipoteca e di persecuzione ipotecaria, secondo avvertimmo nella Lezione XVIII.

Fu però allora osservato, che, sino a quando l'immobile sussisteva come tale, l'ipoteca non poteva considerarsi estinta, per il fatto che l'ipotecante gli dava una destinazione mobiliare; e che perciò il creditore ipotecario poteva invocare provvedimenti, i quali prevenissero il fatto compiuto e conservassero incolumi i suoi diritti.

2. Ma avvenuta la distruzione o la demolizione dell'edificio, prima di qualsiasi legale opposizione, il valore dei materiali, o il prezzo di esso dovutone dall'acquirente, sfugge alla prelazione del

creditore ipotecario, e rientra nella massa dei beni del debitore costituente la comune garentìa di tutti i suoi creditori. Si vorrebbe nondimeno da taluno concedere al creditore ipotecario, privo della facoltà di colpire i materiali nelle mani del terzo possessore, il diritto di pagarsi con la prelazione del suo grado sul prezzo ancora dovuto dall'acquirente al debitore. Ma a noi sembra che una tale preferenza sul prezzo non abbia fondamento di sorta, quando si considera che l'ipoteca del creditore sulla fabbrica più non sussiste sui materiali della medesima, che sono beni mobili; mentre una preferenza di collocazione sul prezzo di una data cosa suppone anzi tutto un diritto sulla cosa stessa; il privilegio cioè o l'ipoteca, che sono le due cause legittime di prelazione nella distribuzione del prezzo, rappresentativo dei beni, sui quali quei diritti reali s'imprimono e si svolgono.

Soltanto noi crediamo, che a norma del diritto comune spetti al creditore ipotecario un'azione in rifacimento di danni contro l'acquirente in mala fede dei materiali della fabbrica demolita, ove concorrano gli elementi del delitto o quasi-delitto civile (art. 1151); così come quando cotesto acquirente conosceva la provenienza dei materiali da una fabbrica ipotecata demolita, e con la promessa del suo acquisto concorreva a decidere il debitore alla demolizione; oppure acquistava l'edificio, che sapeva ad altri ipotecato, nell'intento ed allo scopo di demolirlo secondo la clausola medesima del contratto, protestandosi così, a termini della convenzione, compratore di cose mobili, dei materiali cioè componenti e costituenti la fabbrica. In virtù di quest'azione, l'acquirente in mala fede, oltre che il prezzo dei materiali dovuto al debitore, e pel pagamento del quale tutti i creditori di costui, compresi i chirografarii, possono agire, concorrendovi a parità di ragione, essendo quel prezzo cosa mobile, e rappresentativo di cosa mobile, la quale entra nella massa dei beni del debitore, costituente la comune eguale garentìa di tutti i suoi creditori (art. 1234, 1948 e 1949); oltre quel prezzo, l'acquirente deve al creditore ipotecario il rifacimento del danno prodottogli; una somma cioè che lo compensi della perdita del credito, o della parte del credito, che questi non può ricuperare dal debitore, a causa della estinzione della garentìa e della prelazione ipotecaria sul valore

della fabbrica, cui egli ha concorso col suo fatto colpevole. Ma questa azione compete al creditore ipotecario, non in virtù e per effetto immediato della sua ipoteca, che più non esiste, e che cessava di esistere per sopravvenuta mancanza di oggetto; gli compete bensì in virtù e pel titolo del danneggiamento, di cui egli, a causa della perduta ipoteca, è stato vittima; trovandosi così protetto di un'azione nuova, che non spetta al creditore chirografario sol perchè questi è estraneo al conflitto; e non sorgendo quindi fra l'uno e l'altro creditore nessuna ragione di concorrenza, o di preferenza.

3. Tutto quello che si è fin qui osservato per i materiali di una fabbrica distrutta o demolita, vale anche per gli alberi atterrati non soggetti al taglio, quale naturale prodotto del terreno ipotecato, e per le cose mobili immobilizzate per destinazione, nuovamente separate dal fondo gravato d'ipoteca; richiamando i principii e le considerazioni svolti nelle Lezioni XVIII e seg.

4. Nel diritto anteriore si discuteva dalla dottrina e si agitava innanzi ai tribunali la questione: se, perito o deteriorato l'immobile gravato, l'ipoteca del creditore si trasportasse sulla indennità dovuta al proprietario per effetto del contratto di assicurazione, da questi stipulato contro i rischi e pericoli dell'incendio o altro accidente, dal quale proveniva la distruzione o il deterioramento dell'immobile gravato. L'opinione prevalente negava al creditore ipotecario il diritto di pagarsi sulla indennità dovuta dall'assicuratore, con la preferenza del grado stabilito dalla sua iscrizione sull'immobile perito o deteriorato; ammettendo invece su di essa il concorso a parità di ragione di tutti i creditori, anche chirografarii, dell'assicurato. Ed in verità la logica del diritto imponeva questa soluzione, perchè l'indennità di assicurazione non rappresenta il prezzo dello immobile sul quale si realizza la garentia ipotecaria, prezzo che suppone una vendita ed un trasferimento di proprietà dell'immobile medesimo; ma essa invece rappresenta il corrispettivo aleatorio dei premii pagati dall'assicurato, in dipendenza della sua speciale convenzione interceduta con l'assicuratore, ed alla quale il creditore

ipotecario è rimasto estraneo. La indennità dunque costituisce un credito particolare dell'assicurato; credito che forma parte di quella massa dei suoi beni, sulla quale tutti i creditori trovano la loro comune eguale garentia; la preferenza dell'uno di essi sugli altri dovendo appoggiarsi ad un titolo speciale di diritto, che, per speciale disposizione di legge o convenzione delle parti, vada ad imprimersi sopra determinati oggetti del patrimonio del debitore. Notisi poi che il credito di assicurazione sorge appunto quando perisce l'immobile, e quando cioè si estingue l'ipoteca del creditore su di esso iscritta; in modo che a tale ipoteca manca persino un tramite giuridico, per mezzo del quale trasportarsi dall'immobile gravato alla indennità di assicurazione. Ciò nel rigore dei principii puri del diritto.

Ma per altre considerazioni d'indole economica e di equità, la dottrina e la giurisprudenza promuovevano voti di riforma legislativa, in favore dei creditori ipotecarii, sull'efficacia del contratto di assicurazione. Onde il Codice italiano, sull'esempio già dell'estense e della Legge ipotecaria belga, stabiliva nell'art. 1951 primo comma: « Se le cose soggette a privilegio o ipoteca sono perite o deteriorate, le *somme dovute dagli assicuratori per indennità della perdita o del deterioramento sono vincolate al pagamento dei crediti privilegiati o ipotecari, secondo il loro grado*, eccetto che le medesime vengano impiegate a riparare la perdita o il deterioramento ». E però, quando nel n. 2 dell'art. 2029 si dichiarava come causa di estinzione dell'ipoteca la distruzione dell'immobile gravato, si richiamava opportunamente la surriferita disposizione dell'articolo 1951, facendo salvi i diritti che ne risultavano.

5. I motivi, per i quali il nostro legislatore s'induceva ad attuare la riforma del trasporto dell'ipoteca dall'immobile perito o deteriorato alla indennità di assicurazione, non sono del tutto convincenti, quali si leggono nei lavori preparatorii; riproducendo essi in parte l'errore teorico di considerare l'indennità di assicurazione, al pari del prezzo di vendita all'incanto, come un rappresentativo del valore dell'immobile ipotecato, nell'interesse del creditore ipotecario. Errore che qualcuno rilevò in seno alla Commissione legisla-

tiva pel coordinamento del Codice, proponendo anche la soppressione della nuova disposizione. Era piuttosto persuasiva la prima parte della considerazione, che si leggeva nella Relazione governativa nei seguenti termini: « L'assicurazione degli immobili, specialmente contro gli incendi, è ora divenuta una precauzione così ordinaria, che i creditori, nel munirsi di una ipoteca a cautela del loro diritto, tengono altresì conto della maggior garentìa che loro presenta in caso di disastro l'assicurazione dell'immobile. Parve perciò consentaneo il sistema, che il vincolo ipotecario si trasporti sulle somme dovute dagli assicuratori... ». Più semplicemente poteva osservarsi che, aumentando le garentìe dei creditori ipotecarii, si aiutava e si agevolava il credito fondiario. Nè in sostanza si recava alcuna offesa ai diritti ed agli interessi del debitore e dei creditori chirografarii; per l'uno essendo indifferente vedere distribuite le somme dovutegli dall'assicuratore in un modo o in un altro, quando in ogni caso egli ha l'obbligo d'impiegare tutte le sue risorse al pagamento dei proprii debiti; e per gli altri non dovendo il caso fortuito del perimento dell'immobile essere una ragione di guadagno; e sul quale essi non avevano potuto fare un probabile assegnamento, in guisa da ritenersi come defraudati di una loro legittima speranza, quando si vedrebbero esclusi dal concorrere sopra una così straordinaria risorsa pervenuta al loro debitore.

Ad ogni modo la disposizione di legge è chiara e precisa, ed a noi non resta che illustrarla riguardo ad altri punti della sua efficacia ed applicazione.

6. L'art. 1951 esclude il trasporto dell'ipoteca sull'indennità dovuta dall'assicuratore, tutte volte che questa è impiegata a *riparare la distruzione o il deterioramento dell'immobile ipotecato*. Innanzi tutto, un pubblico interesse consiglia la riparazione in natura, quando è possibile, dell'immobile distrutto o deteriorato, pel vantaggio dell'agricoltura e dell'industria, che si collegano al mantenimento della proprietà fondiaria. D'altra parte, sono salvi i diritti e gli interessi dei creditori ipotecarii e del debitore; gli uni conservando immutata la condizione di diritto e di fatto, che la

legge o la convenzione aveva loro procurata; l'altro conseguendo lo scopo e il beneficio del proprio contratto d'assicurazione, rivolto a riparare il danno del temuto sinistro; e non vi essendo migliore e più certa riparazione, che quella di rimettere *in pristinum* l'immobile danneggiato. Il contratto di assicurazione non è da parte dell'assicurato un atto di speculazione, bensì di previdenza e di buona amministrazione. Onde innanzi tutto è l'assicuratore arbitro dell'impiego dell'indennità dovuta, nel decidersi: o a pagarla all'assicurato, e per esso ai creditori ipotecarii di costui che la reclamino in tempo; o ad investirla nella riparazione dell'immobile. E ciò, ben inteso, anche quando nel contratto l'assicuratore non abbia a sè espressamente riservata tale facoltà, essendo questa inerente alla natura della convenzione, ed occorrendo una espressa clausola in contrario per escluderla. Ma anche quando l'assicuratore consente, o abbia l'obbligo, di versare la dovuta somma come indennità del sinistro, il debitore proprietario assicurato ha egli stesso, alla sua volta, il diritto di impiegarla nella riparazione dello immobile distrutto o deteriorato, senza che i suoi creditori ipotecarii possano pretendere di rivolgerla al pagamento delle loro ragioni; meno quando i loro crediti fossero già liquidi ed esigibili, nel qual caso essi avrebbero naturalmente il diritto di sequestrarla al pari di tutti gli altri beni del debitore, espropriabili per l'adempimento immediato delle sue obbligazioni. Difatti, oltre la considerazione precedentemente indicata, la restrizione, che l'art. 1951 mette al trasporto dell'ipoteca sull'indennità di assicurazione, pel caso d'impiego della medesima alla riparazione dell'immobile distrutto o deteriorato, è concepita in termini assoluti, non distinguendo essa affatto da parte di chi la riparazione sia voluta e dimandata. Anzi, noi opiniamo che se il debitore, prima ancora di esigere l'indennità dall'assicuratore, ripari col proprio danaro l'immobile ipotecato danneggiato, i creditori ipotecarii nessun diritto possono più accampare su quell'indennità, che resta così un valore mobiliare del debitore, impegnato alla comune garentia di tutti i suoi creditori. Non deve perdersi di vista un sol momento, che il trasporto dell'ipoteca sull'indennità di assicurazione è contrario ai principii generali del nostro sistema ipote-

cario; e che perciò va escluso tutte volte che non concorrono i motivi, pei quali, come *beneficium*, veniva introdotto a favore dei creditori.

7. La surrogazione della indennità al prezzo d'incanto o di purga, che si sarebbe ottenuto se l'immobile ipotecato non fosse perito, ha luogo, tanto se la costituzione ipotecaria preceda, quanto se segua il contratto di assicurazione; purchè, s'intende, in ogni caso sia anteriore all'avvenimento del sinistro. Nè la legge distingue, nè per i motivi della surrogazione vi è ragione di distinguere.

8. Le somme dovute dall'assicuratore, dice l'art. 1951, sono vincolate al pagamento dei crediti ipotecarii (non ci occupiamo dei privilegiati) *secondo il loro grado;* ciò che vuol dire saranno su di esse collocati i creditori ipotecarii con la medesima graduazione, con la quale sarebbero stati collocati sul prezzo d'incanto o di purga dell'immobile; non però con i medesimi effetti. Soddisfatto perciò in tutto il creditore primo iscritto, la sua ipoteca sarà radiata; ma sulla restante parte dell'immobile, ove trattisi di perimento parziale, conserverà la sua ipoteca il creditore secondo iscritto, non soddisfatto, o soddisfatto parzialmente sulla indennità di assicurazione; non equivalendo questa al pagamento di prezzo di aggiudicazione, pel quale tutte le ipoteche si estinguono a norma del n. 4 dell'articolo 2029; la restante parte dell'immobile danneggiato continuando ad essere la proprietà del debitore, che vi costituiva il vincolo ipotecario a garentia di tutto l'ammontare dei crediti, e che perciò è obbligato a rispettare il fatto proprio, sin dove e sino a quando è possibile.

La originaria graduazione ipotecaria dei creditori sarà mantenuta sulla indennità dovuta dall'assicuratore, quando l'assicurazione proceda da parte del debitore, per sua opera cioè ed a suo carico. Ma *quid* nel caso che l'assicurazione dell'immobile sia stata fatta da uno dei creditori ipotecarii iscritti su di esso? Il primo punto da mettere in chiaro è questo: il creditore ipotecario *ha gerito l'affare del debitore*, assicurando la proprietà di costui, facendo anche così

indirettamente il proprio interesse; o ha agito *in nome proprio e nell'esclusivo suo interesse*, assicurando, nell'evento del sinistro cadente sull'immobile del debitore, il suo credito? Qualcuno comincia col negare al creditore la facoltà di assicurare la proprietà del debitore in qualità di gestore di negozio, richiedendo come estremo della gestione la circostanza, che il *dominus* non possa vegliare egli a quella tutela dei proprii interessi, che altri perciò si assuma per lui; mentre il debitore che non assicura la sua proprietà mostra, non già di non potere, ma di non volere assicurarla. Quest'argomentazione in termini così assoluti non ci sembra esatta. La validità della gestione sarà decisa in fatto, secondo le circostanze di tempo, di luogo e di persone. L'avveramento del sinistro sarà talvolta il coefficiente più serio della utile gestione. Ed allora, il creditore ipotecario, che ha contrattato l'assicurazione e che ha pagato anche di suo i premi, deve nondimeno tollerare che sulla indennità, dovuta dall'assicuratore, sia collocato prima di lui un altro creditore, la cui iscrizione sull'immobile assicurato è anteriore alla sua. L'indennità è surrogata al prezzo ipotetico di vendita dell'immobile, e su questo prezzo la collocazione avrebbe avuto luogo secondo l'ordine delle iscrizioni. Come il prezzo di aggiudicazione, così la indennità di assicurazione è un valore del patrimonio del debitore, e sui beni costituenti questo patrimonio i creditori esercitano i loro diritti in conformità dei propri titoli, più o meno energici e favorevoli. Il creditore perciò non acquisterà che un credito personale contro il debitore, per il rimborso dei premi pagati; ma sulla indennità il suo diritto sarà regolato così, come se l'assicurazione fosse stata fatta dal debitore medesimo. *Imputet sibi* se non ha visto sui registri una iscrizione anteriore alla sua, o non ne ha calcolato esattamente il valore, o si è illuso sulla efficacia di essa, credendo a tal modo, facendo l'interesse del debitore, di fare indirettamente il proprio!

Ma se invece il creditore secondo iscritto ha assicurato l'immobile del debitore con l'intento, che, o non verificandosi il sinistro egli subiva la perdita dei premi pagati, o verificandosi il sinistro egli guadagnava l'indennità, non si vedrebbe come il creditore primo iscritto potesse vantarvi una poziore collocazione. Questi è rimasto

sempre estraneo al contratto di assicurazione, di cui non può profittare neppure come esercente diritto sui beni del debitore, che alla sua volta resta estraneo al contratto medesimo, stipulato, come l'abbiamo supposto, dal creditore secondo iscritto nel suo nome e nel suo interesse. Nè si opponga che l'immobile assicurato è proprietà del debitore, e che perciò in caso di sinistro la indennità non può spettare che al proprietario, come rifacimento del danno da questi solo direttamente ed immediatamente subito; onde, o quella stipulazione abbia a ritenersi nulla, per incapacità di raggiungere lo scopo voluto dalle parti, o non possa produrre effetti diversi da quelli derivanti dalla gestione di affari esaminati nel caso precedente. Perocchè l'immobile, nel contratto da noi configurato, non è preso come l'oggetto, *della perdita del valore del quale* il creditore intende essere indennizzato; ma come l'oggetto, *ad occasione della perdita del quale* egli intende essere indennizzato *della perdita della garentìa del suo credito;* garentìa che spesso praticamente equivale il credito. È dunque lo stesso credito ipotecario l'oggetto della assicurazione; e non vi è nulla di contrario ai principii di diritto, perchè l'assicurato e l'assicuratore diano alla loro convenzione un tal significato ed un tal contenuto giuridico.

9. Nel caso che il credito ipotecario non sia esigibile, e la indennità non sia impiegata alla riparazione dell'immobile perito o deteriorato, non per questo la ipoteca non si sarà già trasportata sulle somme dovute dall'assicuratore; onde si applicherà il disposto degli articoli 2090 e 2091, appunto perchè l'art. 1951 viene a surrogare, per gli effetti dell'ipoteca, la indennità di assicurazione al prezzo di vendita dell'immobile ipotecato. L'art. 1176 non trova applicazione, perchè esso suppone la colpa ed il fatto del debitore nella perdita o nel deterioramento dell'immobile, nel qual caso la indennità di assicurazione non sarebbe più dovuta. E nemmeno trova applicazione l'art. 1980, che suppone perdita e diminuzione di garentìa, mentre la surrogazione della indennità di assicurazione al prezzo dello immobile ripristina la consistenza della garentìa ipotecaria.

10. Perchè il creditore ipotecario conservi la sua prelazione sulla indennità, è necessario che la reclami con opposizione allo assicuratore di versare le somme al debitore. Per questa opposizione egli gode di un termine di trenta giorni dall'avvenimento del sinistro, entro il qual termine l'assicuratore ha l'obbligo di non pagare all'assicurato, sotto pericolo di pagare altrimenti due volte (sec. com. dell'art. 1951). Ma anche trascorsi i trenta giorni senza opposizione, sino a che l'assicuratore non ha pagato, ed altri non ha sequestrato nelle sue mani l'indennità, il creditore ipotecario può sempre farvi valere il suo diritto di prelazione; perchè quel termine è stabilito soltanto come limite dell'obbligo dell'assicuratore di non pagare all'assicurato, e come limite della destinazione da darsi a quelle somme nel conflitto di vari interessati, quali sarebbero i creditori chirografarii; non già come limite della durata della ipoteca sulle somme medesime. Eliminata perciò la responsabilità dell'assicuratore, e non ancora attivato il diritto di un altro interessato, il creditore ipotecario arriverà sempre in tempo con la opposizione, o altro atto equivalente, a far valere sulla indennità la sua prelazione, contro le successive pretese di concorrenza dei creditori chirografari.

11. Per il perimento o il deterioramento dello immobile ipotecato una indennità è dovuta al debitore dal terzo, responsabile di delitto o quasi-delitto civile (art. 1151 e seg.), o anche di colpa contrattuale (art. 1639). Si trasporterà su di essa l'ipoteca del creditore, iscritta sull'immobile perito o deteriorato? Vi è perfetta analogia rispetto a tal creditore fra la indennità dovuta dal terzo e quella dovuta dall'assicuratore; tanto vero che la legge belga le contempla in una sola disposizione, per sottoporle entrambe al vincolo ipotecario. Ma l'analogia non basta per estendere dall'un caso all'altro una disposizione *eccezionale*, qual'è quella dell'art. 1951 primo comma, concernente la sola indennità di assicurazione. Senza alcuna esitazione dunque è da escludere il trasporto della ipoteca sulla indennità dovuta dal terzo, responsabile della perdita o del deterioramento dell'immobile ipotecato. E non si confonda cotesta responsabilità del terzo con quella configurata innanzi nel n. 2, dove

si supponeva il danno recato dal terzo direttamente al creditore ipotecario, cui perciò si doveva l'indennizzo; mentre qui il danno è dato dal terzo direttamente al proprietario, cui in conseguenza spetta la indennità; indennità che, entrando a formar parte della massa dei suoi beni, cade nella garentia generale e sotto l'azione comune di tutti i suoi creditori.

12. La *espropriazione forzata di un immobile per causa di pubblica utilità* lo mette fuori commercio, in guisa che i particolari non possono acquistarvi o conservarvi diritti, il cui rispetto sarebbe incompatibile con la nuova destinazione data al fondo nel pubblico interesse. Cotesta espropriazione quindi equivale alla distruzione dello immobile gravato; e sotto tal punto di vista rientra nel disposto del n. 2 dell'art. 2029, per quanto concerne la estinzione delle ipoteche iscritte sull'immobile medesimo. Ma d'altra parte, non si è mai dubitato che il creditore ipotecario debba essere collocato, col grado della sua prelazione, sulla somma dovuta al debitore come prezzo della espropriazione per pubblica utilità; prezzo che rappresenta realmente il valore dell'immobile ipotecato, non diversamente che il prezzo ricavato dalla vendita agli incanti per espropriazione promossa dagli stessi creditori. Difatti, fra l'una e l'altra espropriazione non intercede che questa differenza di persone iniziatrici dello spossessamento del proprietario, e dei metodi per la fissazione del prezzo. Ma se pel creditore ipotecario è indifferente che l'espropriazione dell'immobile del suo debitore sia promossa da lui o da un altro creditore, o dallo Stato, o altro Ente, o persona che ne abbia il diritto; la determinazione del prezzo è circondata di tali garentie, che lo compensano abbastanza dell'alea dello sperimento degli incanti.

La *imposizione di una servitù legale*, anche a vantaggio dei privati, è una parziale espropriazione dell'immobile per pubblico interesse; nel senso appunto che la legge non *impone* la servitù a vantaggio del privato, che in vista dell'interesse generale cui si riannodano alcuni particolari interessi. La indennità dunque, dovuta al proprietario, rappresenta la perdita che egli subisce di una parte

della proprietà dell'immobile; e sulla quale perciò il creditore ipotecario ha egualmente diritto di essere collocato col grado della sua prelazione, avendo egli con la sua ipoteca assicurato al pagamento delle proprie ragioni tutto il valore e ciascuna parte del valore dell'immobile gravato. Onde l'ultimo comma dell'art. 1951 stabilisce espressamente: « Sono altresì vincolate al pagamento dei detti crediti (privilegiati ed ipotecari) *le somme dovute per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità, o di servitù imposta dalla legge* ». Alla qual disposizione si riporta pure il n. 2 dell'art. 2029, che richiama tutto il complesso dell'art. 1951.

13. Le somme dovute *per causa di espropriazione forzata per pubblica utilità*, che, a mente dell'art. 1951 del Codice civile, restano vincolate al pagamento dei creditori ipotecarii, sono non soltanto quelle le quali rappresentano il prezzo della proprietà dell'immobile, o di una parte dell'immobile gravato sottratta al proprietario, ma anche le altre che rappresentano un'indennità della diminuzione di valore di questo immobile per la imposizione di una servitù, o per la perdita o la restrizione di un diritto del quale prima l'immobile godeva, e del quale oggi è privato o limitato nel godimento, a termini dell'art. 46 della legge 25 giugno 1865 sulla *espropriazione per causa di utilità pubblica*. Del pari, le somme dovute *per causa di servitù imposte dalla legge per utilità privata* sono, non pure quelle che rappresentano l'indennità dovuta al proprietario per l'imposizione di una vera e propria *servitù* così detta, cioè di passaggio, di acquedotto, di fogne o fossi, di appoggio o infissione di chiusa (art. 594, 603, 609, 613), ma anche quelle che rappresentano il corrispettivo di parziali coattive espropriazioni di proprietà aventi per oggetto l'utilità privata, come nel caso di acquisto della comunione del muro (art. 555 e 556).

Il modo e le norme secondo cui i creditori ipotecarii faranno valere i loro diritti sulle somme dovute al loro debitore, a termini dell'ultimo comma dell'articolo 1951, sono in parte determinati nella legge speciale *sulle espropriazioni per utilità pubblica*, ed in parte sono da ricercare nelle disposizioni generali del

Codice civile e del Codice di procedura civile, relative ai giudizi di graduazione.

14. Nel caso di alienazione volontaria dell'immobile gravato, o di servitù su di esso costituita per fatto dell'uomo, la ipoteca regolarmente iscritta resta impregiudicata e conserva la sua normale efficacia, così come se l'immobile fosse tuttora nelle mani dell'ipotecante, o la servitù non fosse altrimenti costituita, in conformità delle spiegazioni fornite nelle Lezioni XVIII e seg.

La distruzione dell'immobile gravato, la quale porti all'estinzione dell'ipoteca, può essere puramente giuridica, o civile che voglia dirsi, quando la cosa gravata è un diritto frazionario della proprietà dell'immobile: l'usufrutto, la nuda proprietà, il diritto del concedente, quello dell'enfiteuta (art. 1967). La riunione nella stessa persona di cotesti smembramenti, onde prima si trovava divisa la proprietà dello immobile, li estingue come entità autonome, appunto perchè essi si confondono in una maggiore e diversa entità giuridica, che li assorbe. Ma le questioni cui può dar luogo, relative alla esistenza ed all'atteggiamento dell'ipoteca, cotesta riunione degli smembramenti della proprietà già individuamente ipotecati, riunione che dicesi confusione reale o consolidazione, furono da noi esaminate nella Lezione III, ed alla quale ci riportiamo.

Lezione Cinquantesima

Sommario: Della estinzione dell'ipoteca a causa: della *rinunzia del creditore;* del *pagamento dell'intero prezzo dell'immobile ipotecato nei modi stabiliti dalla legge nei giudizi di graduazione;* dello *spirare del termine a cui essa fu limitata;* del *verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta.*

1. Altro mezzo di estinzione della ipoteca è la *rinunzia del creditore* (art. 2029, n. 3). E s'intende *rinunzia all'ipoteca,* non

pure al credito da essa garentito; perocchè in tal caso la ipoteca si estinguerebbe per effetto dell'estinzione dell'obbligazione, in applicazione cioè del n. 1 dell'art. 2029 combinato con l'alinea quarto dell'art. 1236, e non in applicazione del n. 3 dello stesso art. 2029.

La rinunzia, come mezzo speciale di estinzione della ipoteca, si differenzia dalla rinunzia, o rimessione, dell'obbligazione principale, non solo per questo limitato effetto della perdita della sola garentia del credito, ma anche per il suo modo di prodursi e di manifestarsi. Così, la rimessione del debito suppone sempre il concorso delle due volontà interessate a sciogliere l'obbligazione, una convenzione, per quanto spoglia di forme (art. 1098, 1279); mentre la rinunzia, o chiamiamola anche rimessione, della sola ipoteca, può risultare da un atto di volontà unilaterale, come la rinunzia in genere di qualsiasi diritto reale. Basta dunque che il creditore rinunzi di sua iniziativa alla ipoteca, perchè il debitore, o gli altri interessati, possano senz'altro profittarne. Quindi, da una parte il cessionario del credito non può pretendere di conservare la garentia ipotecaria, deducendo che la rinunzia dell'ipoteca non erasi ancora accettata dal debitore, quando aveva luogo la cessione; e dall'altra parte i creditori di costui, posteriori in grado a quello del rinunziante, acquistano di diritto il grado lasciato vuoto dallo stesso rinunziante, prima che il debitore abbia avuto campo di manifestare in qualsiasi maniera la sua accettazione o non accettazione relativamente a siffatta rinunzia. La materiale momentanea sopravvivenza dell'iscrizione non può affatto modificare o ritardare cotesta condizione di cose, risultante dalla estinzione del diritto ipotecario mercè la rinunzia del creditore; perchè quella iscrizione sin da tal momento perdeva ogni base produttiva di effetti giuridici, il titolo cioè ipotecario, e non valeva più di una iscrizione originariamente nulla; supposto, bene inteso, che la rinunzia del creditore sia valida e definitiva (art. ed arg. art. 2031). Ma d'altra parte, la rinunzia che il creditore consente *alla sola iscrizione* della sua ipoteca, e non pure al diritto d'ipoteca, nel caso che l'ipotecante abbia un interesse a fare apparire momentaneamente sui registri l'immobile svincolato, non è causa di estinzione dell'ipoteca a termini del n. 3

dell'art. 2029, bensì causa di *estinzione del grado ipotecario* fissato da quella iscrizione. Epperò, trascorso il termine, o eliminato lo stato di cose pel quale il creditore consentiva la cancellazione della sua iscrizione, egli ha il diritto di procedere ad una nuova iscrizione, in virtù del titolo originario costitutivo della sua ipoteca, che mai si è estinta; sol che naturalmente, rispetto ai terzi, tale ipoteca non avrà efficacia che a far grado dalla nuova iscrizione (art. 2032).

2. La rinunzia alla ipoteca, come la rinunzia a qualsiasi altro diritto in genere, può essere *espressa* o *tacita*, a norma del diritto comune, cui non vi sarebbe stata ragione di derogare rispetto alla ipoteca. Ciò poi risulta anche dal processo verbale n. 43 della Commissione legislativa pel coordinamento del nostro Codice, in seno della quale fu proposta e respinta la necessità di una *espressa* rinunzia alla ipoteca, stabilita nel Codice albertino e nel Codice estense. Tanto più dunque la rinunzia alla ipoteca può risultare da atto scritto sotto forma privata. Ma, rinunzi il creditore allo stesso diritto d'ipoteca, o al solo grado ipotecario, cioè alla sola iscrizione, la cancellazione sui registri non può ottenersi che presentando al Conservatore un atto, di cui sia autenticata o accertata giudizialmente la sottoscrizione del creditore. Difatti, l'art. 2033, che richiede questa formalità, non distingue l'una dall'altra causa per la quale si dimandi la cancellazione della iscrizione. Ed in questo noi non ravvisiamo alcuna contraddizione della legge, come alcuno pretende. Perocchè, non bisogna confondere l'atto portante la rinunzia della ipoteca o del grado ipotecario, con l'atto autorizzante la materiale cancellazione della relativa iscrizione. Ordinariamente i due atti si confondono nella materialità di uno stesso scritto, ma logicamente restano affatto distinti. E si comprende poi molto facilmente perchè la rinunzia al diritto, o della ipoteca, o del grado ipotecario, possa validamente prodursi, non solo con scrittura privata, ma anche allo infuori di qualsiasi scritto, mentre la esecuzione sui registri di quella rinunzia debba poggiarsi sopra un atto autentico. Finchè la rinunzia è allo stato di un rapporto giuridico fra creditore e debitore, la legge non poteva preoccuparsi della forma e del modo del suo prodursi;

perchè, nella peggiore ipotesi, ammessa la falsificazione della firma del rinunziante alla ipoteca o al grado ipotecario, nessun danno potrebbe a costui derivarne, sino a quando, sussistendo l'iscrizione, egli avesse campo di scoprire la frode dell'interessato. Al contrario, quando si trattava di dare esecuzione a quella rinunzia, mercè l'intervento di un terzo che è il Conservatore, bisognava essere cauti nell'accertarsi del consenso del rinunziante, richiedendo l'autenticità della sua sottoscrizione, onde prevenire che in caso di falsificazione il creditore si trovasse irreparabilmente danneggiato; una volta eseguita la cancellazione della sua iscrizione, non potendo più farne valere il suo grado contro i terzi, per quanto egli dimostrasse e provasse la irregolarità ed illegalità di quella cancellazione. Nè si dica che a tal modo si renda inutile una rinunzia tacita, o con scrittura privata, al diritto d'ipoteca, o al grado ipotecario, se per poterne profittare occorra sempre un atto autentico o autenticato nella sottoscrizione del rinunziante; perchè, verificatasi effettivamente quella rinunzia, le conseguenze se ne produrranno sino da tal momento, e non pure da quello della cancellazione della iscrizione; ed in caso di rifiuto da parte del creditore a rilasciar l'atto che autorizza il Conservatore alla cancellazione, il debitore potrà raggiungere egualmente il suo intento per la via giudiziale, secondo già vedemmo nella Lezione XVI. Fu così anche che vedemmo nella Lezione VII, come, mentre la costituzione di ipoteca poteva farsi con scrittura privata, la sua iscrizione invece non poteva aver luogo senza l'autenticazione almeno della sottoscrizione del costituente (1978, 1989), e che non per questo poteva ritenersi inutile quella larghezza di forme permessa dalla legge riguardo al titolo costitutivo della ipoteca.

3. La rinunzia tacita è quella che la si deduce da un fatto, incompatibile con la intenzione del creditore di conservare l'ipoteca; criterio generale dell'ammissibilità di qualsiasi rinunzia tacita. Ed ove a quel fatto possa darsi la interpretazione di una rinunzia al semplice grado ipotecario, deve perciò solo escludersi la rinunzia al diritto stesso d'ipoteca, pel principio generale che le rinunzie sono

di strettissima interpretazione, ed essendo certamente di minore importanza pel creditore la rinunzia al solo grado anzichè al diritto ipotecario. Trattandosi di un puro giudizio di fatto e d'interpretazione di volontà, non possono assegnarsi regole certe e positive per l'ammissibilità, o meno, della rinunzia tacita, e della sua maggiore o minore estensione, nei tali e tali altri casi. Il giudice, col criterio del naturale presunto interesse del creditore a conservare i propri diritti, vaglierà le circostanze che possano invece convincerlo di un abbandono di quei diritti, quando non trovi altra via di spiegarsi i fatti posti in essere dallo stesso creditore. Così, a cagion d'esempio, il creditore interviene all'atto di vendita del fondo a lui ipotecato, prestando il suo consenso all'alienazione. Non avendo egli nè il diritto nè il dovere di questa prestazione di consenso per la validità della vendita dell'immobile ipotecato, tal fatto non può spiegarsi se non con l'intenzione avuta dal compratore, e secondata dal creditore, di liberare l'immobile dal vincolo ipotecario, senza della quale condizione egli non si sarebbe indotto all'acquisto. Ma niente esclude che altre circostanze concomitanti diano a questo intervento del creditore, come parte nell'atto di vendita dell'immobile ipotecato, una portata diversa dalla sua rinunzia all'ipoteca, o che per lo meno lo restringano alla rinunzia della sola iscrizione, secondo le particolarità della specie ed il tenore delle clausole inserite nell'atto. Tanto meno può fare indurre una rinunzia alla ipoteca, o al grado ipotecario, il semplice intervento, all'atto di vendita dell'immobile ipotecato, del creditore ipotecario come testimone, notaio, rappresentante di una delle parti contraenti.

4. Ma *quid*, se nell'atto siasi dichiarato l'immobile libero di vincolo ipotecario, ed il creditore presente abbia taciuto? Questo silenzio non si spiega assolutamente ed esclusivamente con la sua intenzione di rinunziare alla propria ipoteca, ma può interpretarsi anche per una sua complicità a facilitare una vendita di grave interesse pel suo debitore. Questa complicità, è vero, come un fatto pregiudizievole al compratore, può dar luogo alla responsabilità del creditore che lo ha compiuto; ma sarà la responsabilità del diritto comune pel risar-

cimento dei danni, non già la perdita dell'ipoteca, di cui sono determinati i modi di estinzione; fra i quali, nel caso nostro, non può entrare la rinunzia, mancando quella espressa, e dovendo escludersi la tacita, perchè appunto il fatto da cui la si vuol dedurre non porta assolutamente a siffatta intenzione del creditore. Pure la questione è controversa. Ed in verità, essa non può risolversi alla sola base degli elementi di fatto nei quali trovasi enunciata. Bisogna tener conto di tutte le altre circostanze di tempo, di luogo, di persone, di natura e qualità dell'atto stipulato, e persino della maggiore o minore attenzione prestata dal creditore alle dichiarazioni preparatorie ed alla stesura dell'atto, cui egli resta estraneo come contraente; circostanze per le quali egli può sfuggire anche alla semplice responsabilità del danno, prodotto all'acquirente dal non suo protestare contro la dichiarazione di libertà dell'immobile fatta dall'alienante ed inserita nel contratto; particolarmente se egli interviene come testimone, e non come notaio.

In ogni caso poi, annullato o risoluto l'atto di alienazione dello immobile ipotecato, la rinunzia del creditore alla sua ipoteca si considererà come non avvenuta, perchè prestata in contemplazione dell'interesse dello alienatario, ora fuori questione; a meno che specialissime circostanze non dimostrino l'esistenza della rinunzia obbiettivamente, prodottasi cioè ad occasione soltanto, ma non in contemplazione ed in dipendenza dell'atto di alienazione.

5. Il consenso del creditore ipotecario alla costituzione d'una seconda ipoteca sull'immobile a lui precedentemente vincolato è un fatto da cui debba dedursi la rinunzia al suo diritto? Siamo nella stessa condizione di cose che per la prestazione di consenso all'atto di alienazione. Il debitore ipotecario non ha bisogno del consenso del creditore iscritto, per concedere altre iscrizioni sullo stesso immobile in favore di un secondo creditore. Se dunque questi ha voluto l'assenso dell'altro e costui l'ha prestato, bisogna ammettere che il primo abbia voluto assicurarsi, con quell'intervento, una posizione di diritto, che altrimenti gli sarebbe mancata, cioè la poziorità del grado; salvo poi a vedere se, di fronte agli altri, il primo creditore

debba considerarsi rinunziante alla ipoteca, e quindi ridotto alla condizione di creditore chirografario, o rinunziante al solo grado ipotecario, ed in favore di colui soltanto pel quale aveva prestato il suo consenso, e quindi impregiudicato nella sua collocazione di rincontro ad essi. La indagine sarà sempre puramente di fatto; il magistrato, nel dubbio, si atterrà alla più stretta rinunzia, quella del semplice grado ipotecario in favore del creditore che l'ha ottenuta, fermo nel principio di diritto e di ragione che le rinunzie sono di strettissima interpretazione.

6. In quanto alla capacità per rinunziare alla ipoteca, o al grado ipotecario, non occorre, crediamo, quella necessaria per l'alienazione degli immobili, ma soltanto l'altra sufficiente per la disposizione del credito; perocchè, sebbene la ipoteca sia un diritto reale immobiliare, come osservammo nella Lezione I, nondimeno è sempre un diritto accessorio di un diritto principale di credito. La perdita della ipoteca, dunque, non è che perdita di garentia del credito, e quindi perdita eventuale del credito stesso; or sarebbe contraddittorio esigere per la disposizione eventuale di un diritto una capacità maggiore che per la disposizione certa del diritto stesso. Richiamiamo in proposito anche i principii svolti nelle Lezioni XVI e XVII.

7. La ipoteca si estingue altresì mercè il *pagamento dell'intero prezzo dell'immobile ipotecato, eseguito nei modi indicati dalla legge per i giudizi di graduazione* (art. 2029, n. 4). Sia che i creditori procedano all'espropriazione forzata subastando l'immobile gravato d'ipoteca, sia che il terzo acquirente ne lo purghi spontaneamente; quando il prezzo è stato pagato dall'aggiudicatario o dall'acquirente, e distribuito a norma della graduazione fra i creditori iscritti, tutte le ipoteche si estinguono e l'immobile riprende la sua libertà, quantunque alcune di esse siano rimaste scoperte in tutto o in parte. Anzi, è precisamente a riguardo delle ipoteche insoddisfatte che quel pagamento costituisce un mezzo speciale di loro estinzione, perchè le altre si estinguono piuttosto per la estinzione dell'obbligazione, avvenuta col soddisfacimento del creditore. Diciamo

piuttosto, perchè anche il creditore, che trovi capienza sul prezzo da distribuirsi, può non essere su questo integralmente soddisfatto del suo credito; in quanto la ipoteca, come vedemmo nelle Lez. XIII, XXIII e seguenti, non gli assicura che le somme indicate nell'art. 2010, e che possono essere inferiori al complessivo ammontare di quelle dovutegli in dipendenza della obbligazione.

È bene ovvia e naturale la estinzione della ipoteca per cotesta causa indicata nel n. 4 dell'art. 2029. Quando il secondo, il terzo creditore acquistava la ipoteca sull'immobile, di cui la precedente iscrizione assorbiva il valore, acquistava una garentìa più illusoria che reale, o per lo meno subordinata alla condizione ed alla eventualità che la prima non si fosse fatta valere dal suo titolare; mancata questa circostanza, egli subirà le conseguenze della sua imprudenza o della sua eccessiva fiducia, perdendo definitivamente una garentìa sin dal principio mal costituita pel sicuro raggiungimento del suo scopo. D'altronde, se il pagamento dell'intero prezzo dell'immobile ipotecato, fatto nei modi voluti dalla legge nell'interesse dei creditori, non avesse dovuto liberarlo di tutte le iscrizioni, nemmeno la prima ipoteca avrebbe potuto più assicurare le ragioni del creditore; perchè non si sarebbe certo trovato più un acquirente, che, acquistando un immobile di un dato valore, avesse dovuto gravarsi della responsabilità di debiti per somma di gran lunga maggiore.

8. S'intende già che il creditore, soddisfatto nei limiti della sua iscrizione, perde la sua ipoteca, non solo sull'immobile col prezzo del quale è stato pagato, ma anche su tutti gli altri, sui quali gravasse la medesima iscrizione accesa per quel medesimo credito; in quanto il suo diritto ipotecario ha spiegato tutta la propria efficacia, e non ha più ragione di essere. Al contrario, il creditore rimasto in tutto o in parte insoddisfatto sul prezzo dell'immobile, che forma oggetto del giudizio di graduazione, perde la sua ipoteca soltanto su questo immobile, ma la conserva su tutti gli altri, sui quali grava la sua iscrizione accesa a garentia di quel medesimo credito; in quanto sussistendo tuttora la obbligazione ipotecaria, deve ancora

la ipoteca poter esplicare il suo ufficio di garentia, sino ad esaurimento dei beni che ne sono colpiti.

9. La legge parla di pagamento di prezzo; onde non basta la *utile collocazione* dei creditori nella graduazione, e la *spedizione delle note* di tale collocazione, per produrre la estinzione delle ipoteche, nè sull'immobile in questione, nè sugli altri immobili ipotecati per lo stesso credito. Epperò, il deliberatario o l'acquirente non possono dimandare la cancellazione delle iscrizioni, che dopo eseguito il pagamento a ciascun creditore utilmente collocato, o dopo il deposito fatto dell'intero prezzo da distribuirsi fra loro (art. 2046 Cod. civ. e 719 Cod. proc. civ.). E d'altra parte, il creditore utilmente collocato, sino a che non ha ricevuto il pagamento, può in forza di quella stessa ipoteca presentarsi in un'altra graduazione, che si apra sul prezzo di un altro immobile colpito dalla sua iscrizione, onde dimandare la collocazione secondo il proprio grado; salvo a pagarsi sul prezzo dell'uno o dell'altro immobile. Rispetto però ai creditori non utilmente collocati nella graduazione, o che non sono comparsi e perciò vengono dichiarati decaduti, la estinzione della loro ipoteca ha luogo dopo fatta la spedizione delle note di collocazione, e quindi il compratore può subito dimandare la cancellazione delle loro iscrizioni (art. 716 e 720 Cod. proc. civ.).

10. La legge annovera anche espressamente fra i mezzi di estinzione della ipoteca: lo *spirare del termine* al quale la ipoteca fu limitata, ed il *verificarsi della condizione risolutiva* che vi fu apposta (art. 2029, n. 5 e 6). A loro riguardo si applicano tutti i principii, che li disciplinano in relazione a qualsiasi altro diritto; ragione per cui il Codice Napoleone non avvertì il bisogno di parlarne espressamente. La ipoteca a termine ordinariamente ha luogo per la garentia di una obbligazione di evizione, quando, per esempio, il compratore tema una rivendicazione o altra molestia da parte di un terzo riguardo all'immobile acquistato. Or siccome questa molestia non può prolungarsi indefinitamente, perchè per lo meno vi porrà un argine la prescrizione, così si suole limitare la ipoteca ad

un certo tempo, passato il quale si considererà estinta. Egualmente, la condizione risolutiva della ipoteca sarà stipulata per quei casi, nei quali un certo avvenimento potrà averla fatta considerare alle parti come inutile o superflua, dopo di esso. Il debitore consente, per esempio, una ipoteca sulla sua casa, a condizione di vederla cancellata, se un'impresa da lui iniziata avrà quello sperato prospero successo, che lo metta in condizione di rassicurare il creditore con la comune garentia della sua personale obbligazione.

11. Diversa dalla *condizione risolutiva della ipoteca*, di cui nel n. 6 dell'art. 2029, è la *condizione risolutiva della obbligazione*, di cui nell'alinea penultimo dell'art. 1236; la quale, come causa di estinzione del credito, porterebbe seco la estinzione della ipoteca a termini del n. 1 dell'art. 2029. E diversa ancora essa è dalla *condizione risolutiva del dominio dell'ipotecante sull'immobile ipotecato*, della quale è parola nell'art. 1976. Anche di cotesta condizione risolutiva gli scrittori sogliono trattare come di una causa della estinzione della ipoteca. Ma veramente non è esatto considerarla a questo modo. Perocchè il concetto della risoluzione di un diritto è riposto in una finzione giuridica della non mai avvenuta nascita e non mai vissuta funzione di tal diritto (art. 1158); ora non può estinguersi ciò che non è mai nato e vissuto. Da tal punto di vista dunque pecca d'improprietà anche la legge, quando annovera la condizione risolutiva fra le cause di estinzione della obbligazione nell'art. 1236. Del resto, la questione se la ipoteca *si risolva o si estingua* è accademica, quando nell'un modo o nell'altro essa perde la sua efficacia. L'importante è stabilire in quali casi, in seguito alla risoluzione del diritto dell'ipotecante, svanisca la ipoteca del creditore; ed in quali altri casi invece essa permanga, nonostante la risoluzione del diritto di dominio dell'ipotecante sull'immobile ipotecato, in guisa che la ipoteca nè si risolve nè si estingue, come che voglia dirsi. E di questo gravissimo argomento noi ci occupammo nella Lezione X.

12. Per l'indole di atto dichiarativo, e non traslativo di proprietà, della *divisione*, la ipoteca costituita dal partecipante sulla sua

quota indivisa dell'immobile, o sopra uno degl'immobili cadenti nella comunione, svanirà, come per risoluzione, nel caso che all'ipotecante non tocchi nella divisione alcuna parte di quell'immobile, o quel dato immobile, sul quale aveva costituito l'ipoteca (art. ed arg. art. 679, 1034 e 2077).



Lezione Cinquantesimaprima



Sommario: Della *prescrizione*, ultimo mezzo dell'estinzione dell'ipoteca. — Confronto del sistema del Codice civile patrio con quello del diritto anteriore sulla materia. — Inammissibilità della *prescrizione decennale dell'ipoteca*.

1. Separatamente dalle altre, quasi ad indicarne la maggiore importanza e per determinarne le speciali condizioni, la legge dichiara quale causa di estinzione dell'ipoteca la *prescrizione*. Di fatti, non solo questa ha sempre ed in diversi modi richiamata l'attenzione dei legislatori, ma presenta subito cotesta differenza con le altre: che, cioè, essa opera esclusivamente nel rapporto fra creditore e terzo possessore, e non pure fra creditore e debitore; in quanto questi non può mai invocare la prescrizione come mezzo della estinzione speciale del vincolo ipotecario costituito sulla sua proprietà. Il debitore *può prescrivere la sua obbligazione*, per effetto della estinzione della quale si estinguerà anche la ipoteca costituita a garentia di quel credito; ed allora la prescrizione di tal credito sarà anche causa indiretta della estinzione dell'ipoteca, a termini del n. 1 dell'art. 2029 combinato con l'ultimo alinea dell'art. 1236; ma il debitore *non può mai prescrivere direttamente la ipoteca* gravitante sulla sua proprietà, nel senso di liberarnela col decorso del tempo, pur rimanendone ognora obbligato personalmente. E ciò non può dar luogo ad alcun dubbio, nemmeno in teoria; perocchè la

ipoteca, rispetto al debitore, è un accessorio, anzi una qualità della sua obbligazione; e nessun motivo potrebbe giustificare la sua pretesa di scindere la sorte dei diversi elementi costitutivi del rapporto giuridico da lui creato; e nemmeno nessun suo interesse, perchè in ogni caso i suoi beni continuano ad essere la garentia dei suoi creditori, sino al loro esaurimento, e riuscendo per lui indifferente la proporzione con la quale gli aventi diritto se ne distribuiscano fra di essi il valore. D'altronde, quando il creditore ipotecario conserva il suo credito, conserva anche la ipoteca che n'è l'accessorio, la sua vigilanza per l'uno ripiegandosi necessariamente sull'altra; e si sarebbe persino imbarazzati ad immaginare che cosa il creditore dovrebbe fare, per mostrare una speciale diligenza riguardo all'ipoteca costituita a suo favore dal debitore, il quale è lì da lui tenuto in rispetto a ricordarsi e rispondere dei proprii impegni. Se per la conservazione di un diritto reale di godimento, contro la minaccia di sua estinzione per una più o meno prolungata negligenza del titolare, questi è obbligato ad interromperla, o con l'esercizio del diritto, o con qualche altro atto, contro la stessa persona la quale costituiva il diritto reale sulla sua proprietà, gli è perchè tal diritto costituisce l'unico oggetto del rapporto giuridico intercedente fra le parti; di modo che se la vigilanza dell'uno a conservarlo non può essere diretta che su di esso, l'altro ha interesse a vederlo estinguersi per liberar la sua proprietà di una limitazione, che una volta sparita non obbliga più il suo patrimonio sotto nessun'altra forma. E tutto questo sempre più conferma il principio da noi più voltc dichiarato, che nel rapporto fra creditore e debitore il diritto d'ipoteca non ha i caratteri, l'ufficio e la funzione della *realità*.

2. Perciò, quando l'art. 2030 dice nella sua prima parte: « le *ipoteche* si estinguono parimenti con la *prescrizione*, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie anche con la *prescrizione del credito* », usa una formola inesatta, perchè parla nel rapporto fra creditorc e debitore di una *prescrizione dell'ipoteca*, diversa, benchè simultanea, dalla *prescrizione del credito;* quando invece il vero è, che quella preserizione dell'ipoteca fra creditore

e debitore non esiste nella teoria del diritto. E noi vedremo fra poco qual era il pensiero del legislatore nell'esprimersi in quella guisa.

Anzi, nel rapporto eziandio fra creditore e terzo possessore la scienza giuridica elevò il dubbio, se non convenisse escludere addirittura qualunque prescrizione della ipoteca, indipendente dalla prescrizione dell'obbligazione principale; escluderla, cioè, come mezzo di estinzione speciale dell'ipoteca, operante nella sussistenza e permanenza dell'obbligazione. Ed il dubbio fu elevato all'onore di un articolo del progetto Vatimesnil di revisione del sistema ipotecario in Francia; articolo che dichiarava: « la ipoteca non è suscettibile di prescrizione, indipendentemente dalla prescrizione dell'obbligazione principale ». Le ragioni addotte per quella innovazione dal relatore non sono molto convincenti, perchè riposte nella presunta scienza del terzo possessore del vincolo ipotecario, emergente dai pubblici registri; e nella ingiustizia di voler egli profittare a danno del creditore. Perocchè, o nella prescrizione occorre la buona fede, e questa non può essere esclusa per presunzione, grave che essa sia, ma solo per dati di fatto, e la iscrizione sui registri non è la prova della cognizione che il terzo abbia della esistenza dell'ipoteca; o nella prescrizione non occorre nè titolo nè buona fede, ed allora non si può parlar d'ingiustizia, se il terzo possessore vuol fare un profitto a danno del creditore, essendo della natura della prescrizione il prodursi un guadagno d'accosto ad una perdita fra due opposti interessi. Si può piuttosto osservare che, dopo alienati i beni ipotecati, il debitore continuando a comportarsi come prima rispetto alla sua obbligazione verso il creditore, pagandogli fra l'altro gl'interessi, questi non troverebbe motivo di esercitare il suo diritto ipotecario, e non sarebbe neanche stimolato a pensare alla conservazione della sua ipoteca, invigilando sulla sorte dei beni ipotecati; in guisa che un bel giorno, senza colpa di una veramente punibile negligenza, egli si troverebbe di punto in bianco spogliato della sua garentia.

Nondimeno, da presso che tutte le positive legislazioni fu, in omaggio al principio economico della libertà dei beni, ammessa la

prescrizione del diritto d'ipoteca, come *mezzo speciale di estinzione del vincolo gravante sui beni posseduti dal terzo possessore;* mezzo speciale, cioè, diverso ed indipendente dalla estinzione dell'obbligazione, prodotta per prescrizione del credito; prescrizione operante a termini del n. 1 dell'art. 2029 la estinzione dell'ipoteca, gravante sui beni posseduti, così dal terzo, come dallo stesso debitore. E non solo il diritto d'ipoteca fu riconosciuto suscettibile di prescrizione da parte del terzo possessore contro il creditore, ma questa ebbe un ordinamento così largo e favorevole, come la prescrizione della proprietà da parte del terzo possessore contro il domino. Ordinamento di cui è necessario tener parola, vuoi per la sua intrinseca importanza nel movimento della legislazione, vuoi per meglio preparare la intelligenza del diverso sistema adottato dal nostro Codice.

3. Senza risalire più addietro, pel Codice Napoleone e gli altri su di esso modellati, il terzo possessore prescrive la ipoteca contro il creditore col medesimo decorso e con le medesime condizioni, onde prescriverebbe la proprietà dell'immobile contro il domino; cioè, con dieci o venti anni se fornito di giusto titolo e di buona fede, e con trenta anni se spoglio di titolo o in mala fede; il titolo riferendosi sempre all'acquisto dell'immobile, e la buona fede riportandosi separatamente alla cognizione, o del diritto di proprietà del trasmittente, o del diritto d'ipoteca del creditore. Si vede così che la prescrizione dell'ipoteca pel Codice francese è una prescrizione *acquisitiva della libertà del fondo*, *usucapio libertatis*, e non una prescrizione meramente estintiva del vincolo ipotecario, quella prescrizione estintiva per non uso, cioè, con la quale l'immobile si libera dagli altri diritti reali su di esso gravitanti; perocchè le condizioni di titolo, di possesso e di buona fede non hanno rapporto e legame che con la prescrizione acquisitiva, la *usucapione;* la sola poi che possa compiersi col breve periodo di dieci o venti anni (dieci sempre pel nostro Codice, quale che sia il luogo di domicilio o residenza della persona contro cui si prescrive, art. 2137). Ora, ecco le principali applicazioni pratiche del

sistema su esposto. Il debitore vende l'immobile ipotecato senza dichiarazione di tal vincolo, di cui supponiamo in fatto l'acquirente ignori da sua parte l'esistenza, malgrado la iscrizione permanente sui registri. Dopo dieci anni dalla trascrizione del titolo della vendita, il compratore avrà usucapito la libertà dell'immobile dalla ipoteca del creditore; avrà cioè prescritto la ipoteca di costui, supposto non avvenuto alcun atto d'interruzione, o non sussistente alcuna causa di sospensione di prescrizione. Invece, il compratore conosce il vincolo ipotecario gravante sull'immobile, ed allora egli non prescriverà l'ipoteca se non dopo trent'anni dalla sua immissione nel possesso, supposta sempre la mancanza d'interruzione da parte del creditore ipotecario. E fin qui le cose procedono almeno con una certa semplicità. Immaginiamo adesso che il terzo compri *a non domino* l'immobile, sul quale per di più gravi un'ipoteca, e ch'egli sia in buona fede rispetto all'uno e l'altro vizio del suo acquisto. Dopo dieci anni egli avrà prescritto la proprietà contro il domino, la ipoteca contro il creditore. Ma siccome le due prescrizioni, benchè analoghe pel decorso del tempo e le condizioni di titolo e di possesso richieste al loro compimento, sono nondimeno distinte ed indipendenti per l'oggetto che si prescrive; così, sospesa o interrotta la prescrizione dell'ipoteca riguardo al creditore, non per questo s'intenderà anche interrotta o sospesa la prescrizione della proprietà riguardo al domino. È possibile però il contrario? Lo si ammette quasi generalmente, ma per noi il dubbio è grave, perchè una volta che il compratore trovasi ancora esposto all'azione di rivendicazione del proprietario, è inutile accordargli la prescrizione dell'ipoteca contro il creditore; la pretesa della libertà dell'immobile supponendo anzitutto la possibilità di usarne, il diritto cioè già quesito della proprietà dell'immobile. Aggiungi che gli stessi scrittori escludono la prescrizione decennale dell'ipoteca, quando il compratore è in mala fede rispetto al suo titolo di acquisto, conoscendo cioè di acquistare *a non domino*, pur ignorando l'esistenza dell'ipoteca, e per la ragione detta innanzi. Or non è forse lo stesso, riguardo alla prescrizione dell'ipoteca, che il compratore non possa cominciare la prescrizione decennale della proprietà, o che comin-

ciatala se la vegga interrotta? Da tal punto di vista dunque la prescrizione dell'ipoteca pel Codice francese torna a coordinarsi più strettamente con la prescrizione della proprietà e ne segue le sorti. Finalmente, se il terzo si mette in possesso dell'immobile senza titolo, in buona o in mala fede che sia riguardo all'esistenza della ipoteca, non la prescriverà che col decorso di trent'anni, contemporaneamente alla prescrizione della proprietà, e salvo quanto or ora abbiamo osservato circa la interruzione della prescrizione, emanante dal proprietario o dal creditore.

4. Il nostro Codice invece, sull'esempio del Codice albertino e della Legge ipotecaria belga, adottò un tutt'altro sistema riguardo alla prescrizione dell'ipoteca, così formulandolo nell'art. 2030: « Le ipoteche si estinguono parimente con la prescrizione, la quale riguardo ai beni posseduti dal debitore si compie anche con la prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche *col decorso di trenta anni*, secondo le regole stabilite nel titolo *Della Prescrizione* ». Noi già avvertimmo come la prima parte di questo articolo, del resto analoga a quella del corrispondente art. 2180, n. 4 del Codice francese, presa alla lettera, oltre che superflua, sarebbe inesatta; mentre in sostanza essa non si propone che di segnare anzitutto la differenza, in cui la ipoteca si trova riguardo alla prescrizione di fronte al debitore e di fronte al terzo possessore, ripetendo per l'uno la regola già compresa nel n. 1 dell'art. 2029, e formulando per l'altro l'ultimo e diverso mezzo di estinzione della ipoteca, cioè la prescrizione, non compreso come tale in nessun numero precedente dell'art. 2029. In altri termini, la prima parte dell'art. 2030 non serve che di passaggio alla seconda, così come se il legislatore, non pago di dettare la disposizione, volesse anche esprimere la concatenazione delle idee onde vi era condotto, dicendo: « la prescrizione può annoverarsi fra i mezzi di estinzione della ipoteca, beninteso però soltanto riguardo ai beni posseduti dal terzo; perchè riguardo a quelli posseduti dallo stesso debitore è impossibile la prescrizione della ipoteca, e non di altra prescrizione potendo egli avvalersi che di quella del credito; la quale, operando

la estinzione dell'obbligazione, viene ad essere anche causa di estinzione indiretta della ipoteca, come il pagamento, la compensazione, la confusione, ecc. ».

Ed al tempo stesso un altro motivo suggeriva al moderno legislatore l'opportunità di dichiarare, che con la prescrizione del credito si operava anche la prescrizione dell'ipoteca rispetto al debitore. Nell'antico diritto, poggiato sulle leggi e la tradizione romane, ogni qualvolta si estingueva la obbligazione, o per pagamento, o per compensazione, ecc., come di ragione si estingueva anche la ipoteca gravante sui beni, così posseduti dal terzo, come dallo stesso debitore. Ma se invece la obbligazione si estingueva con il mezzo della prescrizione dell'azione personale di credito, le sopravviveva la ipoteca, costituita a garentìa di essa; ipoteca che si estingueva soltanto col decorso di quarant'anni, mentre la più lunga prescrizione del credito era di trent'anni. Cotesta posizione di cose veramente bizzarra, per la quale sopravviveva una garentìa di credito alla estinzione del credito, ebbe varie spiegazioni dagl'interpreti, le quali però tutte mettono capo al concetto di una obbligazione naturale sopravvivente alla obbligazione civile, estinta per prescrizione dell'azione personale creditoria; *obbligazione naturale* che sarebbe quel *diritto principale*, cui si appoggerebbe il *diritto accessorio* d'ipoteca, almeno per altri dieci anni. Ognuno vede veramente come la moderna codificazione non aveva bisogno di dichiarare abolita una regola così speciale e di così stretto diritto positivo, bastando all'uopo non riprodurla formalmente; una regola anzi già abolita virtualmente dalla scomparsa della obbligazione naturale in diritto moderno, o per lo meno dal diverso carattere ch'essa vi assumeva, e dai più limitati effetti, anzi unico effetto, cui era circoscritta, la irrepetibilità cioè del *pagamento volontario*, pel quale certo l'ipoteca non poteva essere di alcun soccorso! (art. 1237). Nondimeno, era stato tale e tanto il disputare dell'antica dottrina e giurisprudenza intorno quella prescrizione quarantennaria dell'ipoteca, che il moderno legislatore fu come trascinato a ricordarla, per darle un definitivo e chiaro ostracismo, e dire espressamente: che rispetto al debitore con la prescrizione del credito tutto era finito,

ed insieme ad essa si operava anche la prescrizione, o meglio la estinzione, della ipoteca.

5. Venendo alla seconda parte dell'art. 2030, è da osservare, che dicendo essa « riguardo ai beni posseduti dai terzi, la prescrizione della ipoteca si compie *anche* col decorso di trent'anni.... » con quell'*anche* altro non si vuol significare, se non che la ipoteca rispetto al terzo, *oltre* ad estinguersi per la prescrizione del credito, ch'è uno dei varii mezzi di estinzione dell'obbligazione, la quale alla sua volta è causa obbiettiva di estinzione della ipoteca *erga omnes*, terzi e debitore (art. 2029, n. 1); si estingue *anche, per di più*, per la prescrizione speciale del diritto d'ipoteca; prescrizione che lascia sopravvivere la obbligazione. Ma questa prescrizione speciale pel nostro art. 2030 è la *trentennaria*, e la sola trentennaria; onde non è minimamente a sospettare che quell'*anche* possa riferirsi all'ammissibilità tuttora dell'altra prescrizione, la *decennale*, di cui nel Codice francese. Ciò risulta chiaramente, oltre che dalla prima lettura del testo, dalla concatenazione logica di tutto il disposto dell'articolo in esame, e dalla storia di esso. Si parla anzitutto di prescrizione di trent'anni e non di dieci; nè a questa la legge poteva richiamarsi in un modo così indiretto, fissandosi invece espressamente sulla prima, che mai aveva dato luogo a questione dal punto di vista del diritto positivo. Secondariamente, l'art. 2030 fu preso dal Codice albertino, dalla Legge ipotecaria belga, e dal Progetto Miglietti del Codice civile italiano, nei lavori preparatorii dei quali la prescrizione trentennaria della ipoteca fu conservata e discussa, appunto per eliminare la prescrizione più breve e di diversa indole del Codice francese; e quasi in via di transazione, perchè vedemmo già come si era proposta e sostenuta la imprescrittibilità assoluta della ipoteca!

Intanto, prima di discutere il merito intrinseco dell'uno o dell'altro sistema di prescrizione della ipoteca, mettiamo a confronto le applicazioni pratiche del sistema del Codice italiano con quelle già indicate del sistema del Codice francese. Il debitore vende l'immobile ipotecato senza dichiarazione del vincolo, di cui alla sua volta il compratore ignora effettivamente l'esistenza; è cioè in buona fede

riguardo alla libertà dell'immobile. Costui, per liberarsi dalla ipoteca del creditore, ha bisogno della prescrizione di trenta anni, nonostante la sua buona fede (art. 2030 e 2135), e supposto beninteso non vi sieno state cause d'interruzione di prescrizione. Il compratore è in mala fede? Si libera egualmente con la prescrizione di trenta anni (art. ed arg. art. 2030 e 2135); sicchè, riguardo alla prescrizione dell'ipoteca, pel nostro Codice l'elemento della buona fede, la ignoranza cioè del vincolo nel prescrivente, è senza influenza, è estraneo addirittura all'istituto. Vedemmo come ben diversamente si passano le cose pel Codice Napoleone.

Il terzo compra *a non domino* l'immobile ipotecato, ed è in buona fede, non solo rispetto al diritto di proprietà del venditore, ma anche rispetto al diritto d'ipoteca del creditore. Dopo dieci anni dalla trascrizione del suo titolo di acquisto, della vendita, egli avrà prescritto, usucapito, la proprietà dell'immobile contro il domino (art. 2137). Ma avrà egli prescritta la ipoteca contro il creditore, per tenerne liberato l'immobile, dopo quei dieci anni? No; egli ha ancora venti anni da veder trascorrere di silenzio del creditore per giungere a quel risultato, sempre in applicazione dei citati art. 2030 e 2135; e non essendovi d'altronde un motivo per trattar meglio, rispetto alla ipoteca, l'acquirente *a non domino* anzichè l'acquirente *a domino*. Invece pel Codice francese, dopo i dieci (o venti) anni, l'acquirente *a non domino* avrà contemporaneamente, salvi separati atti d'interruzione di prescrizione, usucapito la proprietà dell'immobile contro il domino, e la libertà del fondo stesso contro il creditore ipotecario.

Finalmente, se il terzo si mette in possesso dello immobile senza titolo, ed è anche in mala fede riguardo all'ipoteca che vi gravita, avrà prescritto egualmente il dominio e la ipoteca in trent'anni (art. ed arg. art. 2030, 2135 e 2137), così come anche, in questa ipotesi, ha luogo pel Codice francese.

Lezione Cinquantesimaseconda

Sommario: Continuazione dell'argomento della prescrizione dell'ipoteca. — Giustificazione del sistema di prescrizione adottato dal Codice italiano. — Il *dies a quo* della prescrizione dell'ipoteca.

1. A prima giunta il sistema del Codice patrio sembra meno logico e pratico di quello del Codice francese, perchè vi apparisce protetta meno la sorte del diritto di proprietà, che quella di un semplice diritto reale, qual'è l'ipoteca; in quanto, mentre il creditore ipotecario non può perdere il suo diritto d'ipoteca contro il terzo, se non col prolungato silenzio di trent'anni, cioè con la più lunga prescrizione; il proprietario invece, nelle medesime condizioni di diritto e di fatto rispetto al terzo, può perdere il suo dominio con la più breve prescrizione decennale; richiedendosi così nel prescrivente il meno per prescrivere il più, il più per prescrivere il meno. Si è difatti osservato, che come il terzo possessore può acquistare la piena proprietà mercè due prescrizioni, la trentennaria senza titolo o senza buona fede, e la decennale con titolo e buona fede; logicamente dovrebbe poter egli acquistare, mercè le due prescrizioni, anche uno smembramento, un diritto frazionario della proprietà, qual'è l'ipoteca. Considerazioni per le quali la Commissione legislativa di Napoli per l'esame del Progetto Miglietti esprimeva il voto del mantenimento del sistema francese, adottato dalle Leggi Civili del Regno delle Due Sicilie.

Ma spingendo la critica al fondo delle cose, coteste osservazioni e considerazioni risultano erronee, e fondate più che mai sopra un equivoco. Così il Codice francese, come il Codice italiano, riconoscono anzitutto una prima duplice specie di prescrizione: l'*acquisitiva* cioè, o usucapione, e la *estintiva*. La prescrizione acquisitiva è quella mercè cui si acquista un diritto reale positivo, che prima non si

aveva, e che perciò include: o la perdita di quello *stesso diritto* da parte di colui contro il quale si prescrive; o il sovrapporsi di un peso, di un vincolo, di una limitazione alla sua proprietà, di cui prima era libera. Così, quando io prescrivo la proprietà di un immobile, acquisto quel dominio che altri perde; e quando prescrivo a favore del mio fondo una servitù di acquedotto sul vostro fondo, io anche acquisto tale nuovo diritto, da cui la vostra proprietà resta d'ora innanzi vincolata. La prescrizione estintiva invece è quella mercè cui alcuno si libera da una obbligazione, o libera la sua proprietà da una limitazione, onde prima era affetta, senza che il prescrivente acquisti egli stesso un nuovo diritto da esercitare; di modo che la prescrizione si riduce ad una funzione puramente negativa. Così, quando io prescrivo il vostro credito, mi libero dalla mia obbligazione, ma non divento io stesso vostro creditore; e quando prescrivo il vostro diritto di acquedotto sul mio fondo, libero la mia proprietà di cotal servitù, ma non acquisto io stesso un diritto, una servitù sul vostro fondo.

La legge poi suddistingue la prescrizione acquisitiva in due altre: *prescrizione acquisitiva trentennaria*, poggiata al solo possesso della proprietà, o del diritto reale, che si vuole acquistare, senza bisogno di titolo e di buona fede; e *prescrizione acquisitiva decennale*, più propriamente detta *usucapione*, poggiata, oltre che al possesso, ad un giusto titolo trascritto ed alla buona fede. In quanto alla prescrizione estintiva invece, quella almeno riferibile ai diritti reali immobiliari, la legge non fa distinzioni; non ne ammette cioè che una, la *trentennaria;* e poggiata esclusivamente al decorso del tempo nel silenzio e nel non uso del diritto da parte della persona contro la quale si prescrive. Questo è il programma sintetico dell'istituto della *prescrizione*, quale risulta dalle combinate disposizioni della legge ad esso relative.

2. Or facciamone l'applicazione all'ipoteca. Quando il terzo possessore pretende prescrivere la ipoteca del creditore, non pretende che liberare l'immobile di un tal vincolo, e non già di acquistare egli un diritto contro la persona del creditore e sulla proprietà

di costui; la prescrizione dunque che il terzo invoca è la prescrizione estintiva del diritto reale d'ipoteca, e codesta prescrizione estintiva non è che trentennaria (art. 2135). Voi dunque versate veramente in un equivoco, quando dite che, se il terzo può acquistare la piena proprietà con la prescrizione decennale, deve poter acquistare con la stessa prescrizione uno smembramento della proprietà, qual'è la ipoteca; perocchè il terzo, che vuol prescrivere la ipoteca del creditore, non intende *acquistar niente di nuovo*, perchè niente di nuovo possiede; egli intende solo liberare l'immobile acquistato da quel vecchio vincolo che vi gravita; ed all'uopo invoca e non può invocare che la prescrizione estintiva, la quale è di trenta e non di dieci anni.

Una prescrizione acquisitiva della ipoteca non la si potrebbe immaginare che in questo senso: che cioè un *creditore*, accendendo una iscrizione *sui beni di un terzo*, in forza di un titolo abusivamente consentito dal debitore, e del quale egli ignori il vizio, pretendesse dopo dieci anni avere acquistato il diritto d'ipoteca su quei beni; oppure, avendo accesa la iscrizione senza un titolo valido ipotecario, pretendesse, dopo di trenta anni da che la iscrizione è rimasta ferma sui registri, di aver acquistato per prescrizione il diritto d'ipoteca. Or questo innanzi tutto non è possibile, non solo perchè la legge fra i modi con i quali si acquista l'ipoteca non annovera la prescrizione, come fa per gli altri diritti reali; ma anche perchè la prescrizione acquisitiva, decennale o trentennaria che sia, suppone un possesso, e la ipoteca è insuscettibile di possesso; ed anche da questo punto di vista la ipoteca accentua la sua differenza da tutti gli altri diritti reali. Ma in secondo luogo, la ipotesi che noi stiamo discutendo è diversa, trattandosi, non già di un creditore, che a garentia del suo credito vuole acquistare l'ipoteca, ma di un *terzo possessore*, che, ad esimersi da ogni responsabilità, vuole liberare l'immobile dalla ipoteca del creditore; ed a questo intento, se può ricorrere alla prescrizione, non può ricorrere che alla prescrizione estintiva e trentennaria.

3. Resterebbe quindi soltanto a vedere, se il nostro Codice non avesse meglio provveduto ai fini della giustizia e della utilità

sociale, introducendo una *speciale prescrizione estintiva decennale della ipoteca* e di tutti gli altri diritti reali, pedissequa della prescrizione acquisitiva decennale della proprietà; una prescrizione, cioè, per la quale l'acquirente dal vero proprietario dell'immobile gravato ne prescriverebbe la *libertà*, dopo dieci anni dalla trascrizione del titolo di acquisto, ove a tal tempo egli avesse ignorato la esistenza del vincolo, ove fosse cioè in buona fede; e l'acquirente *a non domino* dell'immobile gravato ne prescriverebbe la proprietà contro il domino, e contemporaneamente la libertà contro gli altri aventi diritto, dopo dieci anni dalla trascrizione del titolo d'acquisto; e supposta sempre la sua buona fede, così riguardo all'appartenenza dell'immobile all'alienante, come riguardo all'inesistenza dei vincoli e dei pesi su di esso già costituiti. La quale prescrizione estintiva decennale la si potrebbe anche chiamare prescrizione acquisitiva della libertà del fondo, *usucapio libertatis*, considerando cotesto ultimo risultato come oggetto della prescrizione, ma senza che per questo la si potesse realmente confondere con la vera e propria prescrizione acquisitiva della proprietà e dei diritti reali immobiliari, di cui nell'art. 2137.

Ora, è già notevole come per lo stesso Codice francese, e per le altre legislazioni su di esso modellate, almeno secondo la loro più accreditata e preponderante dottrina e giurisprudenza, era esclusa la prescrizione estintiva decennale, o acquisitiva che voglia dirsi della libertà del fondo, per tutti i diritti reali, e la si ammetteva pel solo diritto reale d'ipoteca. Lo che costituiva una vera inconseguenza, riconoscendosi una prescrizione più breve proprio per quel diritto d'ipoteca, pel quale, come vedemmo, la scienza reclamava addirittura la imprescrittibilità. Onde, da questo punto di vista, era più coerente il Codice di Parma, che ammetteva la prescrizione decennale della libertà del fondo riguardo a tutti i carichi e pesi, compresa l'ipoteca, i quali limitavano il dominio (art. 2373). Egualmente il Codice estense, che ammetteva la prescrizione di venti anni della proprietà e della libertà del fondo (art. 2303 e 2304). Ma il Codice patrio si tenne lontano dagli uni e dagli altri, non parlando che della prescrizione trentennaria della ipoteca nell'art. 2030, a

differenza dell'art. 2180, n. 4 del Codice francese, nel quale si parla di una prescrizione dell'ipoteca acquisibile col decorso del tempo necessario per la prescrizione della proprietà, e quindi anche col decorso di dieci anni; e non riproducendo le disposizioni degli articoli 2373 del Codice parmense e 2304 dell'estense, che tenevano dietro agli art. 2372 e 2303, rispondenti al nostro art. 2137.

4. E bene si avvisava il nostro Codice a battere la nuova via che presceglieva.

Difatti, se la prescrizione, introdotta nelle leggi *pro bono publico*, doveva soccorrere la sorte dei diritti, di cui sarebbe stata altrimenti difficile la difesa, o proteggere alcune situazioni di fatto meritevoli di uno speciale favore; non doveva e non poteva assumere, per esagerazione, il carattere di un mezzo di spogliazione di altri e più rispettabili diritti. La prescrizione perciò doveva informarsi al sano criterio di contemperare il diritto e l'interesse, così del prescrivente, come di colui contro il quale si prescrive; ed a tal modo la legge doveva mostrarsi tanto più rigorosa, accorciando il termine della prescrizione, contro la persona a danno della quale si prescrive, quanto più questa persona si mostrava colpevole di negligenza; colpa e negligenza idealmente e praticamente graduabili. (Conveniamo ch'è punto molto discusso, se il fondamento della prescrizione debba ricercarsi nella inazione del titolare del diritto che si prescrive; ma per noi, se non il fondamentale, cotesto è senza dubbio il criterio precipuo direttivo, onde la legge positiva organizza e governa l'istituto della prescrizione). Quando un proprietario resta spettatore passivo dell'abuso che altri fa delle cose sue, o non si accorge di questo abuso, di cui pure tante circostanze contribuiscono a dargli cognizione, quella sopra tutte che in diritto ed in fatto egli è in continui e diretti rapporti con le cose proprie, demandate al suo possesso ed alla sua amministrazione; quando un proprietario, diciamo, si mostra così indolente nel seguire le sorti del suo patrimonio, può e deve, nel pubblico interesse, essere civilmente punito della sua trascuratezza. Se non che, il criterio di una doverosa vigilanza, imposta agli associati nel civile consorzio per l'esercizio

e la conservazione dei proprii diritti, essendo puramente economico, la legge, non solo doveva fissarlo alla stregua di un certo decorso di tempo, entro il quale avesse campo di manifestarsi la contraria oscitanza, ma doveva anche proporzionarlo in varia guisa a diversi periodi di tempo, secondo altre circostanze concomitanti, che lo rendessero più o meno rigoroso. Così, in mancanza di giusto titolo e di buona fede nel possessore dell'altrui proprietà o di un diritto reale sull'altrui proprietà, perchè la negligenza del proprietario porti la perdita o la limitazione del suo dominio a favore del possessore, è necessario ch'essa si prolunghi per trenta anni (art. 2135 ed arg. art. 2137) (la legge poteva anche stabilire 50 o 20 anni, trattandosi di termini per loro indole arbitrarii e discrezionali). Ma quando invece questo possessore è fornito di titolo e di buona fede, perchè il proprietario perda il dominio o la libertà di esso, bastano dieci anni di sua negligenza (art. 2137); da una parte, perchè la leale condotta del possessore merita un maggior premio; e dall'altra parte, perchè la trascuranza del proprietario qui merita una maggior pena, in quanto la pubblicità del titolo di quel possessore avvenuta mercè la trascrizione, all'uopo necessaria, gli era di nuovo stimolo e di nuova occasione a svegliarsi dal suo letargo; nel quale se nondimeno ha perdurato, mostra un più colpevole e quasi assenziente abbandono dei proprii diritti; onde la legge più presto definitivamente ne lo priva.

5. Se noi invece adesso consideriamo la posizione di un titolare di diritti reali, specialmente se trattisi di servitù prediali, di fronte al possessore dell'immobile sul quale quelli sono costituiti, anche che cotesto possessore sia fornito di titolo rispetto alla proprietà dell'immobile e di buona fede rispetto ai diritti reali che vi gravitano; vediamo subito come la sua trascuranza per il non esercizio del suo diritto non è mai così colpevole, come quella innanzi esaminata del proprietario; perchè, fra l'altro, il titolare di una servitù può non aver bisogno, per dieci, quindici e più anni, di usarne; mentre astrattamente non si concepisce come non si possa, neppure per un momento, aver bisogno di usare della proprietà e delle

libertà della proprietà. (È ragione per cui noi non saremmo contrari ad ammettere la prescrizione estintiva decennale di una servitù personale, come l'usufrutto; del godimento continuo del quale da parte del suo titolare neppure è concepibile la mancanza di bisogno). Aggiungi che il titolare della servitù, siccome bada all'immobile che presta direttamente la servitù, e non al proprietario dell'immobile, è meno eccitato ad occuparsi del cambiamento di persone che posseggono l'immobile; potendo egli crederle anche eredi successivi del costituente la servitù, e contro i quali sa di non poter perdere la servitù se non col decorso di trenta anni (art. 666). Onde, essendo da ogni punto di vista meno colpevole la sua negligenza pel non uso del suo diritto, la legge ne lo priva per prescrizione soltanto col più lungo decorso di tempo di trenta anni.

Se poi consideriamo più specialmente la posizione di un creditore ipotecario di fronte al terzo possessore, oltre coteste ragioni che militano a favore del titolare di una servitù, ne troviamo altre che escludono, come vedemmo, la giustizia di qualsiasi prescrittibilità del suo diritto d'ipoteca, perchè in lui può mancare affatto l'elemento della negligenza. Ora, sta bene che il terzo possessore, rispetto alla ipoteca del creditore, può trovarsi nella medesima favorevole posizione, che rispetto al dominio del proprietario; ma resta sempre che la prescrizione deve aver riguardo anche alla persona contro cui si prescrive; e questa persona nei casi da noi esaminati si trova in posizioni diversissime; al punto anzi, come nel caso del creditore ipotecario, che il terzo possessore non dovrebbe poter invocare a suo favore alcuna prescrizione, per lunga che fosse. Sicchè tanto di guadagnato per lui, se il nostro Codice gli accorda nell'art. 2030 la prescrizione trentennaria! Nella quale concessione della legge però non vi è, come alcuno osserva, una *inconseguenza* con i principii generali informatori della prescrizione, ma bensì una *transazione*, dettata dall'interesse della proprietà fondiaria. Ma una transazione spinta sino ad un certo punto non è una ragione per spingerla sino in fondo, ed ammettere così anche una prescrizione estintiva decennale della ipoteca, pedissequa della prescrizione acquisitiva decennale della proprietà e dei diritti reali immobiliari, stabilita nell'art. 2137.

6. La prescrizione dell'ipoteca non è possibile, indipendentemente dalla prescrizione e da ogni altro mezzo di estinzione del credito, che nei rapporti fra creditore e terzo possessore. Ma è terzo possessore, a fine di poter prescrivere, il terzo datore d'ipoteca, quegli che ha costituito il vincolo sulla sua proprietà per garentia dell'obbligazione altrui. In tutti i rincontri, nel corso di questo nostro studio sul sistema ipotecario, abbiamo pareggiato la posizione giuridica del terzo datore d'ipoteca a quella dell'acquirente dell'immobile ipotecato dal debitore, sino a concedergli le facoltà del rilascio e della purga; epperò, tanto meno vi è ragione a dubitare ch'egli possa avvalersi della prescrizione di cui nell'art. 2030, nel quale cotesto mezzo di estinzione dell'ipoteca, oltre ad essere concesso al *terzo* in genere, è escluso espressamente soltanto pel *debitore;* ed il terzo datore d'ipoteca non è certo tale, cioè obbligato personalmente. Nè può contro di lui invocarsi l'art. 2132, per dedurne che, non correndo la prescrizione a favore del fideiussore quando non corre a favore del debitore principale, non possa nemmeno correre a favore del terzo datore d'ipoteca, ch'è un fideiussore reale, una volta che non corre a favore del debitore ipotecario. Perocchè in altre circostanze noi abbiamo esclusa cotale pretesa analogia, dal punto di vista tecnico dei due istituti, fra la fideiussione pura e propria e la garentia reale della obbligazione altrui; onde tutte volte che la legge parla del fideiussore, se non concorrono altri principii ad estendere la sua disposizione al terzo datore d'ipoteca, è a ritenere anzi per argomento *a contrario* esclusone costui.

7. Da qual momento comincia a correre la prescrizione dell'ipoteca a favore del terzo possessore? Non dimentichiamo che la prescrizione dell'ipoteca è la prescrizione estintiva trentennaria dei diritti reali; quindi essa comincia dal momento in cui il diritto reale si afferma di fronte al terzo: dal momento cioè che costui si mette nel possesso dell'immobile ipotecato. Ciò non ha mai dato luogo a serii dubbii per la prescrizione trentennaria dell'ipoteca, messa dal diritto anteriore a fianco della prescrizione decennale o ventennaria. Onde apparisce eziandio contraria alla tradizione

l'opinione di qualche commentatore del Codice italiano, la quale farebbe correre la prescrizione dell'ipoteca a favore del terzo soltanto dalla trascrizione del titolo di acquisto, mentre il nostro art. 2030 non ammette che la sola prescrizione trentennaria della ipoteca. Riflettasi che al terzo può anche mancare un titolo trascrittibile, come nel caso del legato; e non si oserebbe certo contestare al legatario dell'immobile ipotecato il beneficio della prescrizione, solo perchè non ha potuto e non ha dovuto trascrivere il suo titolo di acquisto. Ma vi ha di più. Il terzo possessore dell'immobile ipotecato può anche non aver titolo di sorta in appoggio del suo possesso, e nondimeno, se egli in tal caso può prescrivere la proprietà contro il domino (art. 2135), deve anche poter prescrivere la ipoteca contro il creditore, quantunque contro l'uno usucapisce il dominio e contro l'altro prescrive estintivamente l'ipoteca (art. ed arg. art. 2030 e 2135). Non è a proposito invocare l'art. 1942 per dedurne, che sino a quando il terzo non abbia trascritto il suo titolo, questo non possa produrre alcun effetto contro gli aventi causa dell'alienante, e quindi contro il creditore ipotecario. Perocchè non è il titolo di acquisto, ma la prescrizione che libera il terzo dalla ipoteca, e la prescrizione trentennaria supplisce appunto alla mancanza di titolo. L'art. 1942 impone la trascrizione: 1° per dare efficacia alla immediata trasmissione della proprietà nell'acquirente contro i terzi, in modo che da tal momento i diritti di costoro, acquistati precedentemente contro l'alienante, ma non debitamente conservati, non possono più conservarsi contro l'acquirente; 2° per farne la base della *prescrizione acquisitiva decennale*, quando l'acquirente abbia causa *a non domino* (art. 2137). E noi non versiamo nè nell'una, nè nell'altra ipotesi.

8. Vi è poi un argomento che ci sembra decisivo per respingere quella opinione. Vedremo fra poco come a termini dell'art. 2127 « *la iscrizione non interrompe la prescrizione dell'ipoteca* ». La legge dunque suppone che il creditore possa iscrivere la sua ipoteca, quando già ne sia cominciata la prescrizione a favore del terzo possessore; perchè non si può parlare d'*interruzione*, se non di pre-

scrizione *già in corso*, di prescrizione *cominciata*. Ora, quand'è che il creditore ipotecario può iscrivere la ipoteca, acquistata dal debitore, contro il terzo possessore? Indubbiamente solo quando, e sino a quando, questo terzo non abbia ancora trascritto il suo titolo di acquisto dell'immobile ipotecato; cioè nell'intervallo di tempo che corre fra l'atto di acquisto e la trascrizione di esso; perchè, eseguita la trascrizione, a termini dell'ultimo comma dell'art. 1942 *non può più avere effetto* contro l'acquirente *alcuna iscrizione* di diritti (diritto d'ipoteca) acquistati verso il precedente proprietario, quantunque l'acquisto (costituzione d'ipoteca) risalga a tempo anteriore al titolo trascritto; ed allora non è più il caso di parlare di prescrizione e d'interruzione di prescrizione dell'ipoteca, di cui invece l'immobile è restato *illico et immediate* liberato, per effetto della sola trascrizione! L'art. 2127 dunque, che contempla un'accensione di iscrizione contro il terzo possessore, non può riferirsi che ad una iscrizione eseguita in quell'intervallo di tempo; e dicendo che questa iscrizione *non interrompe* la prescrizione della ipoteca, ammette e suppone già che tal prescrizione sia *cominciata prima ed indipendentemente dalla trascrizione del titolo di acquisto* da parte del terzo possessore; ammette, cioè, e suppone che sia cominciata dal momento del possesso del terzo. Ora, quello che diciamo per l'ipotesi di un titolo trascrittibile, ma non trascritto, si può dire per la ipotesi della mancanza di ogni titolo da parte del terzo possessore. Anzi, più d'ordinario troverà applicazione in questo caso l'art. 2127, che cioè il creditore ipotecario iscriva sull'immobile passato nelle mani del terzo; perchè se questi ha un titolo da trascrivere, si affretterà a trascriverlo, appunto per chiudere il corso delle iscrizioni delle ipoteche acquistate sull'immobile dai creditori del suo alienante, e non ancora eseguite sui registri al momento del suo acquisto.

Lezione Cinquantesimaterza

Sommario: Continuazione dell'argomento della prescrizione dell'ipoteca. — Della *sospensione* e della *interruzione* di tale prescrizione.

1. In quanto alle cause che *sospendono* la prescrizione della ipoteca o ne *interrompono* il corso, il principio è che si applica il diritto comune relativo alla prescrizione dei diritti reali in genere, dove per speciale disposizione di legge, o per la natura stessa del diritto d'ipoteca, non sia necessario far ricorso a regole particolari. Così, fra le cause di sospensione della prescrizione la legge annovera la minore età, e la interdizione per infermità di mente della persona contro cui si vuol prescrivere; nonchè la condizione e il termine, cui è subordinato l'esercizio del diritto che si vuol prescrivere (art. 2120). Ora, per un'altra disposizione di legge (art. 2121), coteste cause d'impedimento di prescrizione non hanno luogo riguardo al *terzo possessore* di un immobile o di un diritto reale sopra un immobile, quando trattasi della prescrizione di trent'anni. Quindi il creditore ipotecario minore o interdetto, o il cui diritto è sospeso da termine o da condizione, il quale, durante la minore età o la interdizione, e prima che siasi verificata la condizione o sia scaduto il termine, è al sicuro della prescrizione da parte del proprio debitore per la sussistenza del credito; può invece perdere il suo diritto d'ipoteca, di fronte al terzo possessore dell'immobile gravato, per la prescrizione trentennaria; così come se nessuna causa d'impedimento di prescrizione sussistesse a suo favore neanche di rincontro al debitore. Non è qui il caso di far la storia e la completa illustrazione dell'art. 2121 del nostro Codice; a noi basta avvertire ch'esso trova applicazione per il diritto d'ipoteca, che fu anzi quello il quale per primo in Francia provocò la riforma della opposta dottrina romana, e che dopo tutto esso non

è contrario alla equità, in quanto un altro articolo, il 2126, per i diritti il cui esercizio è sospeso da condizione o da termine concede nondimeno al titolare la facoltà di agire in giudizio, a fine di far dichiarare puramente e semplicemente la sussistenza di essi contro il terzo possessore, ed interrompere così anche a suo riguardo la prescrizione. Il creditore ipotecario dunque, che non può agire contro il terzo direttamente col paga o rilascia, per essere tuttora il suo diritto sospeso da condizione o da termine, e che perciò trovasi sotto la minaccia dell'art. 2121, può invece agire contro di lui in forza dell'art. 2126, a fine di ottenere la *dichiarazione di sussistenza della sua ipoteca*, ed ovviare così al pericolo del corso non sospeso della prescrizione trentennaria. Il creditore poi minore o interdetto può agire contro il terzo per mezzo del suo rappresentante, la cui responsabilità d'altronde lo mette al sicuro del danno derivante dalla prescrizione dell'ipoteca.

2. In verità, per quanto riguarda il creditore ipotecario, la legge avrebbe meglio provveduto accordandogli il diritto di dimandare al terzo possessore un *titolo ricognitivo della sua ipoteca*, ad imitazione del titolo ricognitivo di un diritto di rendita ultratrentennale, di cui nell'art. 2136, e di quello ricognitivo di un diritto d'enfiteusi, di cui nell'art. 1563. Il procedimento sarebbe stato più semplice e meno dispendioso pel terzo possessore, a carico del quale opiniamo stiano le spese dell'*azione giudiziale in dichiarazione d'ipoteca*, come ha deciso la giurisprudenza francese, la quale riconosce la validità di tale azione in applicazione dei principii generali di diritto (art. 1180 Cod. franc., 1171 Cod. ital.), nell'assenza nel Codice Napoleone di un articolo corrispondente al nostro 2126. Qualche scrittore italiano invece, per decidere a carico di chi debbano porsi le spese del giudizio di cui nell'art. 2126, vorrebbe distinguere se il terzo possessore si fosse ricusato oppur no a riconoscere privatamente il diritto d'ipoteca del creditore. Una tale distinzione suppone l'obbligo nel creditore di richiedere anticipatamente al terzo la ricognizione del suo diritto; obbligo non ammissibile, una volta che egli non ha la facoltà di dimandare un atto

ricognitivo dell'ipoteca, analogo all'atto ricognitivo della rendita e del dominio diretto. E quindi, se egli ha agito nell'unico modo che la legge gli assegna per interrompere la prescrizione, le spese non possono non essere in ogni caso sopportate dal terzo; non essendo giusto gravarne il creditore, che è costretto ad agire a tutela del suo diritto per la circostanza del passaggio dell'immobile dal debitore al terzo, la quale è per lui un fatto estraneo. S'intende poi che ove il terzo spontaneamente offrisse di riconoscere il diritto d'ipoteca del creditore, o lo riconoscesse in fatto, questi sopporterebbe le spese del giudizio per dichiarazione d'ipoteca capricciosamente intentato.

3. Notisi che il terzo possessore, oltre alla speciale prescrizione dell'ipoteca, può avvalersi anche della prescrizione del credito, che sia corsa fra il creditore ed il debitore suo dante causa; perchè, estinta la obbligazione per prescrizione o per qualsiasi altro mezzo, l'ipoteca resta estinta in via di conseguenza, a termini del n. 1 dell'art. 2029. Ma se la prescrizione del credito è sospesa riguardo al debitore, è sospesa anche riguardo al terzo; il quale non può invocare l'art. 2121, se non nella sua qualità di terzo, cioè soltanto riguardo al diritto reale d'ipoteca. Interrotta perciò contro di lui dal creditore minore, interdetto, militare in attività di servizio, condizionale, a termine, ecc. la prescrizione dell'ipoteca, egli non potrebbe invocare la prescrizione del credito, col pretesto di non essere stata interrotta anche contro il debitore; perchè a riguardo di costui la prescrizione non corre a termini dell'art. 2120, e quindi non ha bisogno di essere interrotta; ed il terzo non fa che dimandare quella identica prescrizione la quale appartiene al debitore, avvalendosene, nel suo interesse sì, ma nel nome di costui, e quindi nelle medesime circostanze ed alle medesime condizioni.

4. Passando agli atti interruttivi della prescrizione della ipoteca, nel caso in cui corre anche la prescrizione del credito, giova anzitutto non perdere di vista un sol momento, che la prescrizione della ipoteca, di cui noi specialmente ci occupiamo, non riguarda che il terzo possessore; ed è distinta ed indipendente dalla prescri-

zione del credito, la quale concerne il solo debitore, e rispetto a cui non esiste una speciale prescrizione della ipoteca; di modo che, rispetto a costui, sospesa o interrotta la prescrizione del credito, è per ciò solo conservata la ipoteca sui beni, i quali trovansi nelle sue mani. Essendo le due prescrizioni indipendenti, gli atti interruttivi devono riferirsi separatamente all'oggetto proprio di ciascuna di esse. Interrotta perciò la prescrizione del credito contro il debitore, non per questo solo è interrotta la prescrizione dell'ipoteca contro il terzo. Avverrà quindi che, dopo trenta anni, il creditore potrà esercitare la sua azione personale contro l'uno, ma non l'azione ipotecaria contro l'altro; all'uopo egli avrebbe dovuto interrompere anche contro il terzo la prescrizione dell'ipoteca. L'ipotesi inversa però non presenta analoghi risultati. Se il creditore ha curato interrompere la prescrizione dell'ipoteca contro il terzo, ma ha lasciato invece compiere la prescrizione del credito contro il debitore, non potrà più agire nè contro l'uno nè contro l'altro; perchè, estinta la obbligazione per prescrizione, l'ipoteca non ha più scopo ed oggetto; nè certamente quell'atto interruttivo della prescrizione dell'ipoteca avendo l'efficacia di trasportare sul terzo il rapporto giuridico personale di credito, che si è estinto di fronte al debitore. Il creditore dunque, a conservare integra la sua azione ipotecaria contro il terzo, deve anche conservare la sua azione personale contro il debitore.

5. Il conflitto può anche più complicarsi, quando supponiamo che il terzo possessore abbia acquistato *a non domino* l'immobile ipotecato, o se ne sia messo in possesso senza titolo. Abbiamo allora in campo tre prescrizioni: del creditore contro il debitore (prescrizione del credito); del creditore contro il terzo (prescrizione della ipoteca); del vero proprietario contro cotesto medesimo terzo (prescrizione della proprietà). Egualmente tutte e tre queste prescrizioni si mantengono fra loro distinte ed indipendenti, sino ad un certo punto, per quanto si attiene alla loro interruzione. Il creditore perciò che interrompe la prescrizione del credito rispetto al debitore, non interrompe, come abbiamo veduto, per quello stesso atto la prescrizione dell'ipoteca rispetto al terzo; e tanto meno, anche

quando interrompe la prescrizione della sua ipoteca, interrompe per ciò la prescrizione della proprietà contro il terzo nell'interesse del domino. Di modo che se questi non agisce, può perdere per prescrizione decennale o trentennaria la proprietà dell'immobile (art. 2135 e 2137), sul quale invece il creditore diligente avrà conservata la sua ipoteca, per la cui esistenza ed efficacia è indifferente la persona del proprietario dell'immobile ipotecato. Ma già avvertimmo che nel caso inverso, interrotta la prescrizione dall'uno, aveva a considerarsi interrotta anche riguardo all'altro. Il vero proprietario spiega l'azione di rivendicazione contro l'acquirente *a non domino* o contro l'usurpatore, interrompendo così il corso della prescrizione del suo dominio; sarà per questo suo atto interrotta contro il terzo anche la prescrizione della ipoteca del creditore, gravante sullo stesso immobile? Riteniamo l'affermativa, perchè il terzo possessore non ha più qualità ed interesse a voler considerare prescritta la ipoteca gravitante sopra un immobile, che non è ancora suo; e per l'acquisto del quale, a causa della interruzione, comincia una nuova prescrizione, e dall'inizio della quale soltanto riprincipia in lui l'interesse ed il diritto a prescrivere l'ipoteca. Nè si può obbiettare che il terzo abbia pur sempre un interesse a liberare anticipatamente l'immobile dalla ipoteca, nella speranza di compierne poi la prescrizione della proprietà, onde frattanto accorciare al creditore il tempo utile ad agire; perchè l'interesse non basta a stabilire un diritto, quando esso stesso non abbia una base giuridica. Valga poi questa osservazione. Dal momento che il vero proprietario interrompe la prescrizione del dominio, il tempo trascorso è perduto pel prescrivente; quindi sino a quel momento l'immobile è rimasto al proprietario, e non comincia a considerarsi nelle mani del terzo che da questo stesso punto. Ora, l'art. 2030 stabilisce che la ipoteca è imprescrittibile sino a quando i beni gravati sono posseduti dal debitore, e si prescrive col decorso di trenta anni se i beni sono posseduti dal terzo; ma questo possesso del terzo, utile alla prescrizione, comincia dal giorno in cui è stata interrotta la prescrizione della proprietà dell'immobile, che il terzo possiede. È quindi per la natura stessa del diritto d'ipoteca, che riguardo alla sua prescrizione

non sia applicabile la regola: « *de persona ad personam, de actione ad actionem, non fit interruptio* ».

In prova di che, è utile paragonare al precedente questo altro conflitto di diritti e d'interessi. Il terzo si mette in possesso senza titolo, o in mala fede, di un immobile *gravato di servitù*. Al ventinovesimo anno del corso di prescrizione il proprietario agisce per la rivindica; ma il proprietario del fondo dominante continua ancora per un anno a non usare della servitù, e a non fare alcun atto d'interruzione di prescrizione. L'azione di rivindica del proprietario dell'immobile servente varrà ad interrompere la prescrizione della servitù nell'interesse del proprietario del fondo dominante? No; perchè anche quando l'immobile ritorni dalle mani del terzo al proprietario, questi ha egli stesso il *diritto* e l'interesse di vedere estinta per prescrizione la servitù che vi gravava, e non potendo certo rivolgersi contro di lui un atto che egli faceva nel suo interesse; e quindi è veramente il caso d'invocare la regola « *de persona ad personam, ecc.* ».

6. Passando a discorrere della qualità degli atti interruttivi, in quanto solo più specialmente si riferiscono alla prescrizione del diritto d'ipoteca, che forma l'oggetto dei nostri studi, ricordiamo come vada fra essi annoverata la *intimazione di pagare o rilasciare*, insieme alla notificazione del precetto, fatta dal creditore al terzo possessore a termini dell'art. 2014, e della quale ci occupammo nella Lezione XXXI. Per diritto patrio non può esservi dubbio intorno l'efficacia interruttiva di tale intimazione; perchè, in forza dell'articolo 2125, interrompe la prescrizione, non solo la *dimanda giudiziale*, la citazione vera e propria, ma anche *qualunque atto costituente in mora il prescrivente;* al qual fine è propriamente diretta la intimazione dell'art. 2014.

A termini dell'art. 2128 perde l'efficacia di atto interruttivo la dimanda *perenta;* perenzione che si compie col corso di *tre anni*, senza che siasi fatto alcun atto di procedura (art. 338 Cod. proc. civ.). A termini poi dell'art. 566 Cod. proc. civ. il precetto diventa *inefficace*, trascorsi *giorni* 180, senza che siasi proceduto agli atti di

esecuzione. Ora si domanda: divenuto così *inefficace* il precetto fatto al debitore e notificato al terzo possessore, è da considerarsi *perento* dopo 180 giorni d'inazione, come dopo tre anni è perenta la citazione, e perde quindi la virtù di atto interruttivo della prescrizione dell'ipoteca? La dottrina è assai discorde, ma la giurisprudenza è quasi unanime nel non ritenere perento dopo 180 giorni il precetto, a fine di togliergli l'efficacia di atto interruttivo della prescrizione. E noi siamo di questo avviso. Difatti, innanzi tutto la legge parla di *perenzione* della dimanda giudiziale, e di *inefficacia* del precetto; e la inefficacia può consistere e consiste in questo: che il creditore deve ripetere il precetto per proseguire la esecuzione, senza che sia necessario di considerarlo nullo anche come atto interruttivo della prescrizione. Il precetto insomma, divenuto *inefficace* a termini dell'art. 566 Cod. proc. civ., perde la sua virtù di atto iniziale della procedura esecutiva, ma non di atto di costituzione in mora, valido ad interrompere la prescrizione (art. 2125). E l'art. 2128 parla di *domanda* perenta, e la perenzione è di tre anni; e se nella parola *domanda* si vuol fare entrare il precetto, questo non vi può entrare che come atto di costituzione in mora, e non come atto preliminare di procedura esecutiva.

In secondo luogo, di fronte al terzo possessore, l'atto che interrompe la prescrizione non è già il precetto, ma la intimazione a lui fatta dal creditore di pagare o di rilasciare; intimazione la quale non può andare soggetta che alla perenzione ordinaria triennale di qualunque istanza giudiziale, nelle pene e nelle decadenze non potendo interpretarsi la legge largamente. Che la interruzione di prescrizione d'ipoteca poi di fronte al terzo dipenda dalla intimazione del paga o rilascia e non dal precetto, è fatto chiaro da che il creditore non *precetta già la persona del terzo possessore*, ma si limita a *notificare a costui il precetto fatto al debitore* (art. 2014).

7. Iniziata la esecuzione forzata immobiliare da uno dei creditori iscritti, sarà interrotta la prescrizione dell'ipoteca anche a favore degli altri? L'affermativa la si vuole da alcuni sostenere sopra una pretesa universalità e comunanza a tutti i creditori della pro-

cedura esecutiva immobiliare; almeno dal momento in cui ad istanza del creditore espropriante è notificato il bando a tutti i creditori iscritti, onde questi possano intervenire ad invigilare i loro diritti (art. 668 Cod. proc. civ.). Da tal momento, si osserva, la procedura diventa comune a tutti i creditori, perchè non solo giova a tutti essi in quanto saranno collocati sul prezzo secondo il loro grado, ma il creditore che l'ha iniziata non può desisterne senza il consenso degli altri, ciascuno dei quali ha il diritto di riprenderla per suo conto allo stato in cui si trova (art. ed arg. art. 575 e 735 Cod. proc. civ., 2051 Cod. civ.). Quindi tutti i creditori si considerano come esproprianti; epperò, se la espropriazione iniziata dall'uno interrompe la prescrizione della sua ipoteca, deve interrompere anche la prescrizione dell'ipoteca degli altri, ai quali la suddetta espropriazione è divenuta comune.

In questo ragionamento si cela un equivoco. Non è che la procedura diventa comune a tutti i creditori per la semplice notificazione del bando di vendita ad essi fatta dall'espropriante; ma lo diventa solo dopo quando essi mostrano di profittarne, intervenendo nel giudizio con la loro dimanda di collocazione. Tanto vero, che la sentenza autorizzante la vendita ordina ai creditori iscritti di depositare nella cancelleria le loro dimande di collocazione entro 30 giorni dalla notificazione del bando, e vi sono ammessi anche più tardi (art. 666, n. 5, 709, 714 Cod. proc. civ.); ma dei *non comparsi* non si tiene conto, se non per pronunziarne la decadenza (art. 712 e 716 Cod. proc. civ.). Quindi, se i creditori iscritti, chiamati ad intervenire nel giudizio di graduazione, non intervengono, restano estranei agli atti compiuti dall'espropriante, e non possono naturalmente profittarne nemmeno per la interruzione della prescrizione delle loro ipoteche; non vi essendo fra loro alcun rapporto iniziale di mandato o di gestione di affari, ciascun creditore agendo nel proprio interesse e per la tutela dei proprii diritti. Resta perciò ferma la regola « *a persona ad personam non fit interruptio* ».

8. Il terzo possessore vuol purgare l'immobile dalle ipoteche iscritte, e fa ai creditori le notificazioni, di cui negli art. 2043 e

2044. Coteste notificazioni valgono come interruzioni della prescrizione di tutte le ipoteche dei creditori notificati? Riteniamo l'affermativa, sul concetto che l'offerta di purga implichi un *riconoscimento* del diritto d'ipoteca del creditore iscritto al quale essa è notificata; perchè il terzo possessore offre di pagare il prezzo da lui dovuto al creditore in forza appunto dell'ipoteca, che viene così ad essere riconosciuta valida e sussistente, e di cui perciò è interrotto il corso della prescrizione a termini dell'art. 2129. Invano si oppone che il terzo possessore, se notifica l'offerta di purga a tutti i creditori iscritti, è perchè la legge glielo impone per la regolarità del procedimento, e che perciò non gli si possa attribuire l'intenzione di rinunziare al beneficio della prescrizione. O la ipoteca di alcuni creditori è già prescritta, ed il terzo non ha obbligo di far loro alcuna notificazione; e quando quelli interverranno nel giudizio di graduazione a fare opposizione, egli li respingerà con l'eccezione di prescrizione. O la ipoteca di tutti i creditori è in corso di prescrizione, ed il terzo, decidendosi a purgare, si decide necessariamente a riconoscere i loro diritti, nei limiti per altro del prezzo o del valore del suo acquisto, poco interessandogli quindi a chi il prezzo o il valore dell'immobile sarà distribuito. Questa circostanza è decisiva. Il terzo possessore, che offre di pagare il prezzo, si obbliga personalmente, entro i limiti di esso, di fronte ai creditori ai quali fa le notificazioni del giudizio di purga; perciò egli ha la necessaria intenzione di riconoscere le loro ipoteche, bastandogli che l'efficacia di queste si contenga nella misura del suo impegno. Pure, si è detto che l'invito fatto ai creditori d'intervenire nel giudizio di purga non può loro giovare, che dal momento nel quale effettivamente v'intervengano, e non prima; perchè non è un atto o un fatto che muove da essi, bensì da un terzo, che non è, nè procuratore, nè gestore loro. Ma noi diciamo che l'offerta di purga interrompe la prescrizione come atto di *riconoscimento* della ipoteca; ed il riconoscimento promana dal prescrivente, non già dalla persona contro cui si prescrive! Certo che se il creditore notificato, della cui ipoteca sia in fine di corso la prescrizione, non faccia alcun atto d'intervento nel giudizio di graduazione, la sua ipoteca si estinguerà, nonostante il riconoscimento

fattone dal terzo; ma essa si estinguerà, non già pel sopraggiunto compimento della prescrizione, bensì per la causa speciale indicata nel n. 4 dell'art. 2029; così come si estinguerebbe un'altra ipoteca di cui non fosse in questione la prescrizione, per essere questa appena allora cominciata quando s'istituisce il giudizio di purga.

9. Accennavamo già innanzi, che per espresso disposto dell'art. 2127 « la iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione della ipoteca ». Questa disposizione è molto e da parecchi fraintesa; occorre quindi illustrarla con diligenza, analizzandola nelle varie sue parti, e da varii punti di vista. La legge parla di *prescrizione d'ipoteca;* ed avendo noi dimostrato che la ipoteca di per sè non è prescrittibile se non rispetto al terzo possessore, potrebbe dirsi che l'art. 2127 non ha alcun riferimento alla persona del debitore. Nondimeno, avendo veduto come ed in che senso la legge nell'art. 2030 parla della prescrizione dell'ipoteca eziandio rispetto al debitore, così è a ritenere che in questo medesimo senso essa anche nell'art. 2127 si occupa della prescrizione della ipoteca pure rispetto al debitore.

Riguardo a questo dunque l'art. 2127 vuol dire: che l'accensione della iscrizione e la sua rinnovazione non interrompono la prescrizione del *credito*, a garentia del quale è stata costituita l'ipoteca; e giustamente, perchè la iscrizione, originaria o rinnovata, è un atto che resta estraneo e forse anco ignoto al debitore, mentre ogni atto interruttivo di prescrizione deve per sua natura essere portato con tal carattere a cognizione del prescrivente, quando non emani da lui stesso (art. 2124, 2125, 2129).

Rispetto al terzo possessore poi, la *prima iscrizione* in tanto non vale come atto interruttivo di prescrizione, in quanto la si supponga accesa dopo l'acquisto o l'immissione in possesso dell'immobile da parte del terzo, e prima della trascrizione del suo titolo d'acquisto; perocchè, secondo le spiegazioni fornite nella precedente Lezione, dopo la trascrizione del titolo di acquisto da parte del terzo, il creditore ipotecario del suo alienante non potrebbe più iscrivere affatto la prima volta contro di lui. Ma iscritta contro

il debitore l'ipoteca, e passato al terzo l'immobile ipotecato, la *rinnovazione* della iscrizione, che fa il creditore, neanche interrompe la prescrizione della ipoteca, la quale corre a favore del terzo dal momento dell'acquisto o del possesso; e sempre per la stessa ragione, che la iscrizione, originaria o rinnovata, è un atto estraneo al prescrivente l'ipoteca. Ma s'intende già come la rinnovazione della iscrizione è sempre necessaria al creditore, onde conservare l'efficacia del grado della sua ipoteca, non solo riguardo agli altri creditori, ma anche rispetto allo stesso terzo possessore; perchè senza di essa inutilmente egli avrebbe altrimenti interrotta contro costui la prescrizione, una volta che il suo diritto si sarebbe già caducato per mancanza di quella pubblicità sui registri, che è condizione della sua vita *erga omnes* (art. 1965 e 2001).

10. Nulla di particolare rispetto alla ipoteca è a dire della *interruzione naturale* della prescrizione, per la perdita ultrannale del possesso dell'immobile, a termini dell'art. 2124. La prescrizione estintiva dei diritti reali, se prescinde da un titolo di acquisto dello immobile su cui gravano e dalla buona fede circa l'ignoranza della loro esistenza da parte del terzo, non prescinde però dal possesso legittimo dello immobile medesimo (art. ed arg. art. 2135). Se perciò l'acquirente *a non domino* dell'immobile ipotecato è stato privato per oltre un anno del possesso dello immobile pel fatto del vero proprietario, la prescrizione sarà interrotta anche riguardo al creditore per il diritto d'ipoteca; in quanto che, come già vedemmo per la interruzione civile, una volta che al terzo possessore è interrotta la prescrizione della proprietà dello immobile ipotecato, è inutile accordargli il beneficio di prescrivere più presto l'ipoteca; ed all'uopo gli manca anche la qualità giuridica per pretenderlo.

FINE

INDICE

PARTE PRIMA

Del diritto d'ipoteca nella sua intrinseca natura giuridica e nel suo titolo costitutivo

LEZIONE V.

LEZIONE VI.

LEZIONE VII.

LEZIONE VIII.

LEZIONE IX.

LEZIONE X.

PARTE SECONDA

Della pubblicità dell'ipoteca

Lezione XI.

Lezione XII.

Lezione XIII.

Lezione XIV.

Lezione XV.

Lezione XVI.

Lezione XVII.

PARTE TERZA

Degli effetti dell'ipoteca

Lezione XVIII.

Lezione XIX.

LEZIONE XX.

LEZIONE XXI.

LEZIONE XXII.

LEZIONE XXIII.

Lezione XXIV.

Lezione XXV.

Lezione XXVI.

Lezione XXVII.

Lezione XXVIII.

Lezione XXIX.

LEZIONE XXX.

LEZIONE XXXI.

LEZIONE XXXII.

LEZIONE XXXIII.

LEZIONE XXXIV.

LEZIONE XXXV.

LEZIONE XXXVI.

LEZIONE XXXVII.

LEZIONE XXXVIII.

LEZIONE XXXIX.

LEZIONE XL.

LEZIONE XLI.

LEZIONE XLII.

LEZIONE XLIII.

LEZIONE XLIV.

LEZIONE XLV.

LEZIONE XLVI.

PARTE QUARTA

Della estinzione dell'ipoteca

Lezione XLVII.

Lezione XLVIII.

Lezione XLIX.

Lezione L.

Lezione LI.

Lezione LII.

Lezione LIII.



















